شرح القانون المدني

تأليف

أحمد فتحي زغلول

طبع
بالمطبعة الأميرية بمصر

سنة ١٩١٣

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد الله العظيم وأصلي على رسوله الكريم

مضى نحو جيل منذ وضعت القوانين الحاضرة ولا يزال شرحها غامضا أو غائبا عن أذهان ذوى الحاجات وأرباب الخصومات لقلة المصنفات على كثرة المشتغلين بتطبيقها والمحترفين بها

وأهم القوانين القانون المدنى فهو أساس الحقوق والواجبات وإليه ترجع جميع القوانين الأخرى

والقانون المدنى هو الذى لم يشتغل بشرحه فقيه حتى الآن

ولعل دقة مسلكه واقتضاء بيانه لوقت طويل وتفكير غير قليل من أكبر أسباب القعود عن سد هذه الثلمة

ولو كان لى من الوقت متسع لحاولت هذا العمل بقدر الإمكان ولكنى أقدم الآن لمواطنى كتابا صغيرا رميت به إلى ثلاثة أغراض :

الغرض الأول — تقريب قواعد القانون المدنى من أذهان الكافة تسهيلا لمعرفة أحكام المعاملات

الغرض الثانى — إفادة طلبة الحقوق فى درسهم بما يجدونه فيه من المرشد إلى المعلومات التى يحتاجون لمراجعتها فيكون لهم منه متن يذكرهم بما تلقوه

الغرض الثالث — استنهاض همة القانونيين إلى الاشتغال بالقانون المدنى ووضع مايحتاجه من الشروح باللغة العربية ليكون لنا من وراء عملهم مؤلفات تغنينا عن التماس علم القانون من غيرنا على الدوام

يهم الكافة من شرح هذا القانون ما اختص بالمعاملات الجارية بينهم كالبيع والإجارة والقرض والرهن وغير ذلك من العقود المتداولة فى كل يوم وهم إنما يطلبون معرفة حقوق الدائن والمدين وواجبات كل منهما قبل الآخر لهذا أخرجنا أحكام العقود المعينة فى صورة قضايا قريبة المأخذ موجزة اللفظ سهلة الأسلوب ما استطعنا

ويهم الطلبة أن يتمثلوا قواعد العلم وأن يحيطوا بالمبادئ إحاطة تربى عندهم ملكة الفقه وقوة استنباط الأحكام فى الجزئيات من الأصول العامة والمبادئ الكلية لذلك اجتهدنا فى جعل أسلوب الكلام فى قسم الأشخاص والأموال وفى قسم التعهدات وهما اللذان يدور فيهما البحث فى تلك المبادئ والأصول مطابقاً لهذا المقصد على قدر مايحتمله هذا المختصر

وتقدم للمشتغلين بالقانون ترتيبا جديدا وتبويبا ظننّاه خيرا مما ألفنا حتى الآن لعلمنا أن ترتيب القانون الفرنساوى منتقد من وجوه شتّى والقانون المصرى مأخوذ عنه فى جملته على ما بين البلدين من الفروق الكلية ومع ذلك فإن واضع قانوننا خرّب ذلك الأصل وفرّق أوصاله وشتّت شمل أحكامه وغيّر وبدّل وجاء لنا بقانون أبتر بعيد الشبه عن أصله وأبعد عن حاجتنا فى مواضع لاتحصى

أتعبنى النص الفرنساوى بإيجازه المخلّ وتشويش ترتيبه الذى يشتت الذهن ويضيع الوقت ولكن النص العربى أعيانى إعياء وكثيرا ما رأيت فى أنهما نصان فى حكم واحد لمخالفة أحدهما الآخر مخالفة تامة وكدت أهم بترجمة النص الفرنساوى من جديد لولا ماصرحت به الجريدة الرسمية الفرنساوية حين نشرها القانون من أنه ترجمة عن العربية ولكثرة تعثرى بين النصين واشتغالى بالتخلص من سقم النص العربى وضيق الوقت أقللت من الملحوظات وصغت عبارة الشرح صحيحة حسبما رأيت مطمئناً إلى فطنة القرّاء من الشرعيين إذ هم يدركون وجه المخالفة بمجرد المقابلة بين العبارتين

ومع ذلك فقانوننا أرق من أصله فى كثير من النظريات بما فضّ من الخلاف وقد تنكّب فى أحكام كثيرة عن تنطع الفقهاء ونظر إلى القانون من وجه عملى أكثر مما تقيد بالجمل المكتوبة والألفاظ المنقولة

أبدلت من بعض الألفاظ ألفاظا أخرى لورودها فى المعنى المراد أو لكونها أدل عليه من الأولى ولولا أن النص العربى أسرف فى الألفاظ فأورد الحكم الواحد بأكثر من عبارتين مختلفتين معنى ومبنى وسمى الشئ الواحد بأسماء هى أقرب للمتناقضات منها إلى المترادفات فى علم التشريع لولا ذلك لقلنا خطأ مشهور خير من صواب مهجور على أنى لم أطرق هذا الباب إلا مع الحذر وتكاد الكلمات التى اخترتها تعد بالسهولة لقلتها وإنما أردت فتح باب أرغب إلى المشتغلين بالقانون أن يدخلوا منه إلى لفظ أمكن

وعبارة أســـد حتى تصبح لغة القانون ويكون لنا في علم الحقوق معجم نستعين به على الشرح والتصنيف وإذا كان لامناص من لفظ جديد فخير لنا أن نختار مايطابق المعنى المراد من أن نحشو الحافظة بكلمات قهرها المترجمون في هذا الزمان على غير معانيها ذلك أقرب للفهم وأبقى في الذاكرة وأسهل في الانتفاع بالكتب العربية وأقوم للغة وما هو بالشيء القليل ولسنا نحتاج إلا إلى قليل من الإرادة والصبر حتى تصقل الألفاظ الجديدة بالتداول ويعتادها اللسان وتطمئن اليها الآذان

قسمنا الكتاب إلى أربعة أقسام :

١ – قسم الأشخاص والأموال وما يترتب عليها من الحقوق

٢ – قسم التعهدات والالتزامات

٣ – قسم العـــقود المعينـــة والتأمينات

٤ – قسم الأدلة

أضفنا إلى كتاب الأموال كتابا في الأشخاص وإن كان القانون لم يذكر شيأ عن هؤلاء مع كونه موضوعا لهم ، ومن الأوليات أن يذكر الشخص وما يعرض له وما يتعلق به كالمولد والوفاة والوراثة وكالأهلية وعوارضها من وصاية وحجر وكالموطن والغيبة مما له أثر في المعاملات والأقضية والأحكام ، ولعله أحجم عن ذلك لمناسبات زمنية أما الآن وقد دخلت هذه الموضوعات في دور النظام وسُنّ من القوانين مابيّن فيـه حكم الكثير منها فمن الصواب جمعها إلى أصلها وهو القانون المدنى

ولما كانت غاية التعهدات والعقود الوفاء بها لتجرى المعـاملات مطمئنة ويتبادل الناس الأخذ والعطاء وهم آمنون على حقوقهم تكفل القانون ببيان الضمان الذى يركن إليـــه في ذلك كالكفالة والرهن بأنواعه والامتياز وحق الحبس والتنفيذ القهرى وما يتفرع عنها ويترتب عليها من الحقوق والأحكام والضمان لايوجد إلا بوجود المضمون ثم هو يزول بزواله فوجب أن يلحق به في الوضع كما تبعه في الحكم ولذا جعلنا الضمان كتابا في القسم الثالث بعد الفراغ من ذكر العقود المعينة لأنها بمثابة تطبيق القسم الثانى

أما الأدلة فقد نثرها القانون في موضعين على الأخص فجاء ببعض نصوصها في كتاب الأموال وذكر البعض الآخر في الكتاب الرابع في حقوق الدائنين مع عدم الموجب لهذا التفريق لذلك جمعناها في قسم رابع لأنها عامة لجميع الحقوق وأنواع المعاملات

ولاحظنا فى تبويب كل قسم ضم الشئ الى نوعه وإرداف الموضوع بمجانسه والفروع بأصولها مما خال لنا أنه أجمع للقواعد وأدعى إلى استيعابها وأنفى للتكرار

وقد شرحنا علل التقاسيم فى مقدمات الأقسام والكتب شرحا وافيا

درج شراح القوانين على أن يبدؤا كتبهم بمقدمة يأتون فيها ببيان الحق والقانون وعلم الحقوق ليدلوا على مكان القسم الذى يكتبون فيه من شرائعهم فوافقناهم وأوجزنا القول حتى لايخرج بنا عن قدر هذا الكتاب الصغير

قد يجد القراء فى طيات الكتاب غلطات وقد ينبو سمعهم عن الأسلوب فى بعض الأماكن وقد يرون نقصا هنا وإيجازا هناك لكن السبب واضح : موضوع بكر فى العربية (١) والألفاظ قاصرة أو غير مألوفة ونسج الموجود دقيق والوضع أدق لأسباب شتى وقانون ولا كالقوانين بنى على الفرضيات يأتى بالحكم لمعدوم الذكر فيه فيتردد الانسان فى الصورة التى يجوز إخراجه فيها ثم وقت أقصر من أن يسع الإسهاب والصدر رحب لنقد المنصفين

القانون والحق وعلم الحقوق

القانون بمعناه العام قاعدة يسار بمقتضاها فى العمل سواء كان تصوريا أو وجوديا فقواعد الكلام قوانين وقواعد المناظرة قوانين وقواعد الطب قوانين وهكذا

وللقانون معنى خاص هو جملة الأحكام التى وضعت لضبط أعمال الانسان كلها وهذه هى الشرائع الالهية جاء بها وحى الله تعالى على لسان الرسل عليهم الصلاة والسلام

وله معنى أخص وهو خطاب الأمير أو السلطان المسنون على وجهه المعروف لضبط التعامل بين الناس

وهذا المعنى هو الذى يسبق إلى الذهن عادة عند ما يساق اللفظ على إطلاقه

(١) أريد لغة القانون أما لغة الفقه الشرعى فقد أغلقها واضعو المتون وأغمضها الشرح وشرح الشرح والحاشية والتقرير حتى هرب منها واضع القانون وجاء بلغة أخرى ومضى على استعمالها أكثر من ربع قرن حتى درجت ألفاظ القانون على اللسان وألفتها الآذان وأصبحت تنفر من غيرها وأصحاب العربية من ذلك ما أصابها وشرط انتشار العلم سهولة تناوله ونرى أنه يجب إبدال لغة القانون زمن لايبذل فيه العلماء عن نشر الفقه بلفظ مبسوط إن أرادوا تعميم النفع من جهة وصون العربية من جهة أخرى وإلا فلن يمضى وقت كبير حتى تندثر تلك اللغة فلا يفهمها إلا الذين فى جدران المساجد

ولا يشمل القانون أحكام جميع الروابط بين الناس بل منها ماهو خارج عنه ولاحكم له فيه كالروابط الأدبية المحضة مما يأمر به الدين أو علم الأخلاق

فدائرة القانون قاصرة على بيان الحقوق والواجبات المتعلقة بالمنافع المادية و بعض المنافع المعنوية مما يرجع إلى النفس والمال وإلى حماية الانسان من تعدى الغير عليه أو العبث بمنافعه

من هنا انقسم القانون إلى قسمين أصليين : القانون المدنى وقانون العقوبات

القانون المدنى يبين للناس حقوقهم التى تقوم بها منافعهم و يوضح ماجاز لهم أن يتعاملوا به وما منعوا منه

وقانون العقوبات يحفظ نفوسهم وأموالهم من جور بعضهم على بعض بما يوقع عليهم من الجزاء

هناك قوانين أخرى تسمى : قانون التجارة ، وقانون التجارة البحرى ، وقانون المرافعات ، وقانون تحقيق الجنايات ، ومائة قانون وقانون سميت بأسماء موضوعاتها ولكنها تسميات الغرض منها تسهيل العلم بمشتملات ذينك القانونين الأساسيين

على أن قانون العقوبات شق لازم للقانون المدنى لاأصل مستقل عنه فى الواقع ونفس الامر لأنه حفاظ الحقوق والمنافع التى جاء بها الأول اذ لافائدة من تقرير حق أو إثبات منفعة اذا ساغ لغير من تثبت له أن يعبث بها

فمن لوازم الحق اختصاص صاحبه بمزاياه وهو لايختص بها إلا إذا حيل فيها بينه و بين غيره فوجب أن يؤمر الغير باحترامها و إذا لم يصدع بالأمر كان حكمه الردع وهذا هو العقاب

لكن لما كان قانون العقوبات كافلا أيضا للنظام العام أعنى أنه يزع بين كل فرد و بين المجتمع الذى هو فيه قالوا بأنه قسم من القانون مستقل بذاته

وأما القوانين الأخرى ففروع من أحد القسمين

القانون التجارى والقانون التجارى البحرى فرعان من القانون المدنى بنيا على قواعده العامة وأصوله الكلية وانفردا بأحكام خاصة فى الجزئيات نظرا لخصوص موضوعيهما

وقانون المرافعات محل بيان السبيل الذى يسلكه طالب حق مدنى أو تجارى أمام القضاء لاستيفاء حقه ممن نازعه فيه

وقانون تحقيق الجنايات محل بيان الطريق الذى يسلكه طالب الانتقام من الذين يقترفون الجرائم عدوانا على الأنفس والأموال

وكل قانون من القوانين الأخرى راجع فى حقيقته إلى أحد هذين الأسين بل ترى القانون الواحد يقرر الحقوق ويوضح المنافع ثم يتبع ذلك بالعقوبة التى تحل بمن خالف أحكامه فهو فى الشق الأول من أحكامه مدنى وفى الشق الثانى عقابى

حتى القوانين المسماة بالقوانين النظامية أو الأساسية أو الدستورية كلها راجعة الى القانون المدنى لأنها لاتشتمل إلا على بيان الحقوق وطرق استعمالها

تشعب الحقوق وتنوع المنافع وتفرع الروابط بين الإنسان ومواطنيه وبين الهيئتين الحكومة والأمة ذلك هو الذى دعا إلى تقسيم القانون وتسمية كل قسم باسم خاص ولا مانع من ضم تلك الأجزاء إلى أصلها وتبويب المجموع تبويبا عاما بحيث تندرج الأبواب كلها تحت عنوان واحد هو القانون إلا أنه يكون مجموعا ضخما يصعب تناوله كلما قضت الحال

الحقـــــوق

الحق صلة شرعية بين الإنسان والمال صلة وجوب وأداء

فتقول : هذا لى ولى أن أتمتع به وأتصرف فيه

والحق هو المال المتصل بالإنسان على النحو المتقدم فتقول فى الدار هى حق وفى الفرس هى حق وتطلب من مدينك حقك أى مالك الذى وجب عليه أداؤه لك

والحق هو مكنة كل ذى منفعة شرعية من اقتضائها فتقول : لى حق الدعوى ولى حق الحجز وسقط حقك فى الطلب

الحق اثنان : أساسى ولازم

فالحق الأساسى هو تلك الصلة بين الإنسان بوجهيها أى من جهة الوجوب ومن جهة الأداء وهو حق واحد مهما تنوعت أسماؤه واختلفت كيفياته هو حق الملكية

يملك المرء مالا فيكون له بمقتضى ملكيته قوة شرعية يأمن بها على هذا المال ويطمئن على حرية تصرفه فيه بالتمتع والإمتاع وغيرهما من التصرفات لاحدّ له فى تصرفه إلا ماقررته الشرائع

تلك القوة هى وسائل أو هى حقوق فرعية لازمة لذلك الحق الأول

كل حق لامرئ يقتضى واجبا له على غيره هو تركه يتمتع به ويتصرف فيه فإذا ملكت فإنما أملك دون غيرى وإذا كان غيرى لاحق له فيما أملك وجب أن لايعارضنى فيه فإن تعدّى فأنا غريمه أخاصمه عليه وأدفعه عنه بحكم القانون وقوة السلطان

وليس مرادنا بالمال هذا المنقول وذاك العقار وحدهما بل المال هو كل ماصح للمرء شرعا ملكه مادة كان أو ملكة فلا فرق بين ملك الفرس وملك القدرة على استعمالها ولا بين ملك الدار وملك القدرة على السفر من بلد إلى بلد والمراد بالقدرة مجرد الإمكان المتعلق بالذات وبعبارة ثانية نقول : إن المال هو ما صح شرعا تعلق الإرادة به وجاز تصريفه على مقتضى تلك الإرادة فحرية الإنسان مال ورابطته مع الغير مال وشرفه مال وحياته مال وعلمه مال وأشكال صناعته مال وهكذا

كل هـذه الأموال محل لحق الملك ولصاحبها أن يتصرف فيها كما يشاء ضمن دائرة الشرع والنظام

يغصب الرجل متاع جاره فيتقاضاه ويضمّنه إياه لأنه تعدّى على حقه وهو المتاع .

ويهين الرجل غيره فيعاقب لأنه انتهك حرمة حقه فآذاه فى ماله وهو تلك الحرمة ذاتها

ويبتكر الصانع صنعا جديدا أو يكيّف مصنوعا موجودا من قبل فيبرزه فى صورة خاصـــة فيقلده غيره فيغرمه القضـاء وما ثمة مادة بل قدرة هو خصيص بها وحذقا ومهارة لاهى المادة ولا هى الشكل ولا هى يد الصانع بل هى أثر روح الصانع أى ملكته انطبعت صورتها رويدا رويدا فى المـادة بحركات اليد المنبعثة عن تلك الروح

الحق نوعان : مادّىّ محله المال المصطلح عليه أو مآله المال ومعنوىّ محله حال ولا يقوّم عادة بذلك المال والحقان متساويان أمام القانون أمر الكافة باحترامهما على السواء وأعد القوة القاهرة للدفاع عنهما وردع المعتدى عند الاقتضاء

علم الحقوق هو الذى يبحث فيـه عن القوانين وأوضاعهـا والحقوق ومقتضياتها والواجبات وأحكامها

بيان المراجع

(الكتب العربية) :

الهداية وابن عابدين وإعلام الموقعين فى الفقه

أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد الخضرى وكيل مدرسة القضاء الشرعى ومدرس الفقه بها

الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ محمد زيد الابيانى مدرس الشريعة بمدرسة الحقوق الخديوية

الأدلة لحضرة عبد العزيز بك كحيل المستشار بمحكمة الاستئناف الأهلية

مجلة الأحكام الشرعية

مرشد الحيران

المجموعة الرسمية

(الكتب الفرنساوية) :

(أوبرى) و (رو)

بودرى لكنتينرى

بودان

كابيتان

بلانيول

كولى دى صنتير

فوانييه

موسيو دوهيلس المستشار بمحكمة الاستئناف الأهلية سابقا (جزء ١ و ٢ و ٣)

موسيو جران مولان ناظر مدرسة الحقوق الخديوية سابقا

دالوز

مجلة القضاء

القسم الاول

فى الأشخاص والأموال

الكتاب الاول

فى الأشخاص

الشخص نوعان : الإنسان والشخص الاعتبارى

الباب الأول

فى الإنسان

الإنسان هو تلك الذات الناطقة أو هو الحيوان الناطق كما قالوا والبحث فيه من جهتين :

الأولى ــ حالته المدنية أعنى ولادته ووفاته ونسبه وأهليته وزواجه وموطنه

الثانية ــ ذمته أعنى ماله من الحقوق وما عليه من الواجبات فأما الأحكام المتعلقة بالذمة فسيأتى الكلام عليها فى مواضعها كمبحث الأموال ومبحث العقود والتعهدات

وعليه ينحصر موضوع هذا الباب فى الشخص من جهة حالته المدنية

وقد تعرضنا لهذه المباحث هنا وإن كانت من اختصاص المجالس الحسبية أو جهة الإدارة أو المحاكم الشرعية أوهما معا طلبا لجمع مايتعلق بالإنسان فى محل واحد وإشارة إلى أن هذه المباحث كلها من مشتملات القانون المدنى بل هى جزء من ذلك القانون لايجوز فكاكه عنه على أن للمحاكم الأهلية النظر فى بعض هذه المسائل كتصحيح دفاتر المواليد والوفيات وتعيين القيم على المحكوم عليه

الفصل الأول

فى إثبات الولادة والوفاة

إثبات الولادة والوفاة هو موضوع القانون نمرة ٢٣ المؤرخ ١١ أغسطس سنة ١٩١٢ وهو ينقسم إلى أربعة أقسام :

الأول — يتعلق بأحكام القيد بوجه عام

والثانى — بالتبليغ عن المواليد

والثالث — بالتبليغ عن الوفيات ودفن الموتى

والرابع — بأحكام عامة تتعلق بمخالفة نصوص القانون وبتصحيح دفاتر المواليد والوفيات وبالصور التى تعطى من تلك الدفاتر

الفرع الأول — فى القيد بوجه عام

القيد عبارة عن تسجيل الواقعة المراد إثبات حصولها فى دفتر خاص

والدفاتر التى يجب اتخاذها للقيد اثنان : أحدهما للمواليد والآخر للوفيات (مادة ١)[1]

ويجب أن تكون صفحات الدفتر مخرمة وعلى كل ورقة من أوراقه ختم المحافظة أو المديرية (مادة ٣)

ويكون فى كل قرية نسختان من دفتر المواليد ونسختان من دفتر الوفيات

وتحفظ النسخ الأربع فى مكتب الصحة

فإن لم يكن بالقرية مكتب صحى حفظت نسخة من كل دفتر عند العمدة والنسختان الأخريان عند الصراف

وتقيد مواليد العزب والنجوع وقبائل العربان ووفياتها فى دفاتر القرى التابعة لها

فإن كان عدد أهل الواحدة منها كثيرا خصص لها دفتران كالقرية

(١) لم يأت فى القانون نص على وجوب إيجاد الدفاتر ولكنه يورد الأحكام مفترضا هذا الوجود ومكتفيا بقوله : (الدفاتر المخصصة لذلك)

وكذلك لم يأت ببيان تقسيمها ولكنها فى الواقع مقسمة إلى خانات يذكر فى كل منها أمر من الأمور الواجب تسجيلها على حدة بدليل قول المادة (١٣) : «وعلى الشخص المودع عنده الدفتر أن يذكر فى الخانة المخصصة لذلك الخ» وهذا النص أيضا مبنى على فرض وجود هذا التقسيم

وتعتبر أقسام القاهرة والإسكندرية قرى مستقلة بحسب عدد المكاتب الصحية الموجودة بها فيكون فى كل مكتب أربع نسخ تقيد فيها مواليد القسم أو الأقسام التابعة للمكتب ووفياته[١]

ويجب أن تقيد كل ولادة وكل وفاة فى الدفتر المعد لذلك (مادة ١)

ويكون القيد من دون ترك بياض ولا تستعمل فيه كلمات مختصرة وتكتب التواريخ بالحروف الكاملة

وكل ما يحصل أثناء القيد من الإضافة أو التصحيح أو الشطب يوقع به على هامش الدفتر ويصدق على ذلك من المبلغ وممن يكون الدفتر فى عهدته (مادة ٤)

ويكون القيد بمعرفة من فى عهدته الدفتر (مادة ٤ و ٥)

وسواء كان التبليغ بولادة أو وفاة يجب قيد اسم المبلغ ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته وأن يوقع بالإمضاء أو الختم فإن لم يكن له ختم وكان لا يعرف القراءة ولا الكتابة يطبع إبهام يده اليمنى بالحبر فى أسفل القيد (مادة ٦)

ويجب القيد فى نسختى كل دفتر بحيث تكونان متطابقتين مطابقة تامة

الفرع الثانى — فى التبليغ عن المواليد وقيدها

(أ) يجب التبليغ بالمواليد على أشخاص معينين ورد ذكرهم على الترتيب الآتى (مادتى ٦ و ٧):

أولا — والد الطفل إن كان حاضرا

ثانيا — جميع الأقرباء الذكور الراشدين القاطنين بالمنزل الذى حصلت فيه الولادة إن كان الوالد غائبا

ثالثا — القابلة أو الطبيب الذى حضر الولادة إن لم يوجد الوالد أو أحد الأقارب

رابعا — شيخ الحارة فى المدن وشيخ الناحية فى القرى ويليه العمدة

(١) ليس فى القانون نص بذلك ولكنه واجب تبعا لتقسيم ووجود المكاتب الصحية ولتعذر العمل فى هاتين المدينتين فى مكتب واحد. وقد جرى الاصطلاح على ذلك منذ وجدت دفاتر قيد المواليد والوفيات

ومتى كان صاحب الرتبة الأولى فى القيام بهذا الواجب موجودا وقادرا على التبليغ سقط التكليف عن الآخرين

(ب) ومن قصر منهم فى التبليغ الواجب عليه غرم إلى مائة قرش كنص (المادة ٢٢) (راجع ص ١٨)

(ج) يجب أن يشتمل البلاغ على ما يأتى (مادة ٨) :[1]

١ — يوم الولادة وساعتها ومحلها

٢ — نوع المولود (ذكر أو أنثى) والاسم واللقب اللذين وضعا له

٣ — اسم الوالد ولقبه وصناعته وجنسيته وديانته ومحل إقامته وكذا الوالدة فإن لم يكن الوالد معروفا اكتفى بذكر الوالدة

(د) ميعاد التبليغ خمسة عشر يوما من وقت الولادة

(هـ) يكون التبليغ لمكتب صحة الجهة التى حصلت فيها الولادة فإن لم يوجد بها مكتب صحة فالعمدة وفى العزب والنجوع والقبائل المنصوص عنها فى المادة(٢) لمن يكون الدفتر فى عهدته[2] (مادة ٦)

(و) إذا حصلت الولادة أثناء السفر داخل القطر وجب التبليغ عنها لمن فى عهدته دفتر المواليد بالجهة التى يقصدها أهل المولود

وميعاد التبليغ فى هذه الحالة ثمانية أيام من تاريخ الوصول إلى الجهة المقصودة فإذا كانت الولادة فى سفر خارج القطر كان التبليغ لمن فى عهدته الدفتر فى جهة محل إقامة أهل المولود

وميعاد التبليغ ثمانية أيام من تاريخ العودة

ويجب على أهل المولود فى هذه الحالة أن يقدموا شهادة الميلاد المحررة بمعرفة الجهة المختصة حيث حصلت الولادة

(١) قلنا : (يجب أن يشتمل البلاغ) ولم نقل كالنص : (على المبلغ أن يذكر) لأن العبارة التى اخترناها واردة فى المادة (٣) المتقدمة ببيان ما يجب التبليغ عنه ليكون التعبير عن المراد الواحد بعبارة واحدة وعبارة المادة (١٣) أمكن فى بيان المراد

(٢) لم يرد فى القانون نص على من يكون الدفتر بعهدته فى تلك الجهات وعليه فالأمر متروك إلى جهة الإدارة فهى التى تعينه كما أنها هى التى تقرر وجوب تخصيص دفتر للعزبة أو النجع أو القبيلة

وعلى من فى عهدته الدفتر أن يقيّد الشهادة المذكورة بدفتر المواليد فى الحال[1]

فإذا كانت الولادة فى الحج أعنى مدة الحج سواء كانت فى وقت الإقامة أو السفر ذهابا وإيابا وجب إبلاغها إلى المأمور الصحى المرافق للقافلة وعلى هذا المأمور أن يعطى أهل الطفل شهادة بحصول البلاغ

وعلى أهل الطفل تقديم هذه الشهادة فى ثمانيـة أيام من تاريخ عودتهم إلى مكتب الصحة أو من فى عهدته دفتر جهتهم فيقيدها فى الحال (راجع المـادة ٩)[2]

مبحث ـ فى اللقيط

إذا وجد لقيط أى طفل حديث الولادة تتبع الإجراآت الآتية :

١ ـ يجب على من يجد لقيطا أن يقدمه إلى العمدة أو الشيخ فى القرى وإلى القسم أو المركز فى المدن وأن يحضر معـه الملابس واللفائف وكل ما كان على اللقيط أو بجواره مما يظن أنه ترك معه

٢ ـ على الذى يقدم إليه اللقيط أن يحرر محضرا بتقديم اللقيط إليه شاملا ما يأتى :

أولا ـ اليوم والساعة اللذين قدم إليه اللقيط فيهما

ثانيـا ـ ظرفى الزمان والمكان اللذين يخبر المبلغ أنه وجد اللقيط فيهما

ثالثـا ـ نوع الطفل (ذكر أو أنثى) وسـنه بحسب الظاهر والاسم واللقب اللذين يوضعان له

رابعـا ـ اسم مقدم اللقيط ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته ولمقدم الطفل أن يعارض فى ذلك وتقبل معارضته .

خامسا ـ إمضاء الموظف الذى حرر المحضر أوختمه وتوقيع من وجد اللقيط إذا رضى بذكر اسمه

٣ ـ يسلم اللقيط لمن وجده إذا طلب ذلك ليربيه وأثبت قدرته على ذلك وحسن سـيرته

(١) هذا إذا وجدت شهادة محررة من رجال الجهة الأجنبية فان لم توجد اكتفى بالبلاغ

(٢) هذا إذا كان للقافلة مندوب صحى ويحل هذا النص قافلة المحمل دون غيرها

٤ ـ إذا لم يطلب مقدم اللقيط تسليمه إليه أرسل إلى الملجأ [١]

٥ ـ يرسل المحضر الذى حرر بالالتقاط فى أربع وعشرين ساعة إلى من فى عهدته دفتر المواليد بالقسم أو الجهة المحرر فيها المحضر لقيده فى الحال (راجع المادة ١٠)

يجوز للأجانب أن يستعيضوا عن تبليغ المواليد بتقديم صورة من شهادة الميلاد المحررة بمعرفة السلطة المدنية أو الدينية المختصة بذلك طبقاً لقانون الأحوال الشخصية التابع له المولود

ويجب أن يكون مصدقاً على الصورة من تلك السلطة بمطابقتها لأصلها

وميعاد تقديم الصورة هو ميعاد تقديم البلاغ أعنى خمسة عشر يوماً من تاريخ الميلاد (مادة ٢٠)

فإن رفعت دعوى بعدم التبليغ امتد الميعاد الواجب تقديم البلاغ فيه إلى أن يتم القيد بناء على الحكم الذى يصدر فى الدعوى (مادة ٢٢) [٢]

الفرع الثالث ـ فى التبليغ عن الوفيات وقيدها

التبليغ واجب عن جميع الوفيات حتى عن الأطفال الذين يولدون أمواتاً بعد الشهر السادس من الحمل سواء كانت وفاتهم قبل الوضع أو فى أثنائه

(١) والتبليغ واجب على أشخاص معينين ذكرهم النص على الترتيب الآتى (مادة ١٢) :

أولا ـ أهل المتوفى أو كل شخص ذكر بالغ [٣] قاطن مع المتوفى

ثانيا ـ الطبيب أو المندوب الصحى الذى أثبت الوفاة إن لم يكن أولئك موجودين

ثالثا ـ شيخ الحارة فى المدن وشيخ البلد [٤] فى القرى ويليه العمدة

(١) هذا لأن البوليس لا يبقيه عنده بالضرورة

(٢) نقلنا هذا النص والذى قبله من قسم الأحكام العمومية لأنه خاص بقيد المواليد وبالأجانب ثم إن الشهادة بلاغ وليست بدلا منه بل هى بلاغ أمكن

(٣) تقول المادة (بالغ) ولم تقل رشيداً كما قيل فى حق الأقارب الواجب عليهم إبلاغ الميلاد وهو تعبير لفظى غير مقصود والمراد بعناه القاصر دون غيره

(٤) قال هنا (شيخ البلد) وقال فى التبليغ بالميلاد (شيخ الناحية) ولا فرق بين النصين إلا أن ذلك يثبت ما قدمنا فى الملاحظة السابقة

وما قيل فى حكم ترتيب المبلغين بالولادة من حيث سقوط الواجب والعقوبة على التقصير يقال هنا

فاذا حدثت الوفاة فى مستشفى أو محل معد للتمريض أو فى ملجأ أو تكية أو فندق أو مدرسة أو قشلاق (ثكنة) أو سجن أو فى أى محل عمومى آخر كالملهى والقهوة والنادى[1] كان التبليغ واجبا على مدير المحل أو القائم بإدارته

(ب) يجب أن يشتمل البلاغ على ما يأتى (مادة ١٣) :

١ ـ يوم الوفاة وساعتها ومحلها

٢ ـ اسم المتوفى ولقبه وسنه ومحل ولادته وصناعته وديانته وجنسيته ومحل إقامته واسم والده ووالدته ولقبهما

(ج) تسجل هذه المشتملات فى الدفتر ويضيف إليها الموظف الذى يكون الدفتر بعهدته ذكر نوع المرض الذى أعقبته الوفاة أو السبب الذى نشأت عنه طبقا للشهادة المنصوص عنها فى (المادة ١٦) (راجع ص ١٧)

(د) ميعاد التبليغ أربع وعشرون ساعة من تاريخ الوفاة

(هـ) يكون التبليغ لمن فى عهدته دفتر الوفاة كما تقدم فى تبليغ المواليد (راجع ص ١٣)

(و) إذا جهل اسم المتوفى أو محل إقامته وبلده الأصلى يكتب محضر من طبيب الصحة حيث يوجد مكتب صحى ومن مندوب الصحة (حلاق الناحية) فى القرى ببيان أوصافه والظروف التى حصلت فيها الوفاة وكل بيان يكون من ذكره فائدة للوصول إلى معرفته[2]

(ز) يجوز للأجانب أن يستعيضوا عن بلاغ الوفيات بتقديم صورة من شهادة الوفاة مصدقا عليها بمطابقتها لأصلها المحرر بمعرفة السلطة المدنية أو الدينية التابع لها المتوفى

(١) لا يعد النادى عادة محلا عموميا لكن فى حالة الوفاة نرى إلحاقه بالمحلات العمومية من حيث وجوب التبليغ لما قد يكون للوفاة من الأحوال الخاصة المتعلقة بالأمن أو الصحة العمومية

(٢) اقتصر النص على ذكر ما يترتب على جهل اسم المتوفى أو محل إقامته وبلده الأصلى ولم يعلم الحكم إذا جهل شىء آخر مما ذكر فى المادة (١٣) ولعله مصيب إلا فى جهل اللقب لأن الاسم وحده لا يكفى فى معرفة المتوفى والغرض من إرسال المحضر إلى البوليس هو الاستيثاق من شخصيته

وميعاد تقديم الصورة أربع وعشرون ساعة كما فى التبليغ وهذه الرخصة لاتمنع مكاتب الصحة من اقتضاء بلاغ الوفاة متى طلب منها إذن الدفن أعنى أن الطالب إما أن يقدم البلاغ أو صورة الشهادة

فإن رفعت دعوى بعدم التبليغ امتد الميعاد الواجب تقديم البلاغ فيه إلى أن يتم القيد بناء على الحكم الذى يصدر فى الدعوى (مادة ٢٢)

مبحث — فى التبليغ عن الجثث

كل من عثر على جثة وجب عليه أن يبلغ عنها العمدة أو الشيخ فى القرى والمركز أو القسم فى المدن[١] (مادة ١٥)

مبحث — فى دفن الموتى

(ا) لايسوغ دفن جثة بغير إذن طبيب الصحة حيث يوجد مكتب صحى ومندوب الصحة فى القرى[٢]

(ب) ولا يعطى هذا الإذن إلا إذا قدمت لمن هو له شهادة بالوفاة وسببها صادرة من طبيب مرخص له بتعاطى صناعته فى القطر المصرى

(ج) إذا لم تقدم هذه الشهادة وجب على طبيب الصحة أومندوبها أن يكشف[٣] على المتوفى قبل أن يأذن بالدفن

(د) ويجب على مكاتب الصحة التى يطلب الإذن منها أن تحصل فى ذلك الوقت بعينه على بلاغ الوفاة وتقيده بالدفتر (راجع المادة ١٦)

(ه) والأشخاص المكلفون بالحصول على إذن الدفن هم الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الوفاة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة ١٢ (مادة ١٩)

(١) لم يرد بعد هذا النص ما يؤخذ منه مشتملات البلاغ ولا ميعاد التبليغ وأغفل القانون لاحظ دقة هذا الواجب فلم يدقق فى إجراآته وإن كانت مما يجب الاهتمام به

ونرى أن التبليغ يجب أن يكون عقب الرؤية بلا إمهال لأن الفائدة قد تضيع بالتسويف على أن المبلغ نفسه منتفع من الإسراع لأن أمره قد يدعو إلى الريبة من جهته

(٢) جاء هنا لفظ (القرى) وجاء فى المادة العاشرة لفظ (النواحى) وهو تنويع لكنه غير مليح فى القانون .

(٣) الذى ورد فى النص هو (عمل المعاينة اللازمة) وهى صيغة مبهمة ليس الغرض منها إلا ما أوضحناه .

(و) لايسوغ دفن جثة قبل مضى ثمان ساعات فى الصيف وعشر فى الشتاء من ساعة الوفاة

وكل جثة يجب دفنها قبل مضى أربع وعشرين ساعة من ساعة الوفاة أيضا

ويسوغ لطبيب الصحة الإعفاء من هذه المواعيد إذا كانت هناك أسباب قوية تقتضى الإعفاء (راجع المادة ١٨)

(ز) إذا وجدت بالجثة علامات تدل على أن الوفاة جنائية أو كان هناك من الأحوال ما يدعو إلى الاشتباه فيها وجب الامتناع عن إعطاء الاذن وإبلاغ النيابة الاهلية بما أوجب الشبهة

فإذا كان المتوفى اجنبيا وجب أيضا إبلاغ القنصلية التابع لها

(ح) يجب على الحانوتية والشخص المكلف بملاحظة نقل الجثة أن يتحققا من وجود إذن الدفن

وعلى حارس الجبانة أو التربى إن لم يكن هناك حارس أن لايشرع فى الدفن إلا إذا استلم الاذن المذكور (راجع المادة ١٩)

الفرع الرابع ـــ أحكام عمومية

المبحث الأول ـــ فى حكم مخالفة نصوص هذا القانون

كل مخالفة لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بغرامة لاتزيد عن مائة قرش ،

وفى حالة رفع الدعوى بعدم التبليغ عن ولادة أو وفاة يتم القيد بمجرد الاطلاع على الحكم النهائى القاضى بالعقوبة

ويجب على النيابة الأهلية أو المختلطة أن ترسل إلى الجهة المختصة صورة من الحكم الصادر من محكمتها فى هذا الشأن بلا إعطاء (مادة ٢٢)[1]

(١) يلاحظ على هذا النص بما يأتى :

١ ـــ توقيف القيد على صدور الحكم مع أن الدعوى قد تكون مرفوعة على الطبيب أو القابلة بعد أن يكون المكلفون قبلهم بالتبليغ قاموا من تبليغهم

٢ ـــ إيهامه بأن القيد لايتم بمجرد الاطلاع على حكم البراءة كما يتم بمجرد الاطلاع على حكم العقوبة

ونرى أن القيد واجب بمجرد التبليغ وأن التبليغ جائز فى كل وقت إلى يوم القيد ولعل النص يريد الإشارة إلى أنه لم يقع تبليغ حتى صدر الحكم وأما تخصيص القيد بحكم العقوبة فربما لوحظ فيه أن النزاع لايقع غالبا بدليل أن المادة نفسها توجب على النيابة إرسال صورة الحكم (الصادر فى هذا الشأن) ولم تقيده بحكم العقوبة فوجب إرسال حكم البراءة أيضا وما ذلك إلا لوجوب القيد بمجرد الاطلاع عليه

المبحث الثانى — فى تصحيح الخطأ الذى يقع فى الدفاتر

يجوز أن يقع خطأ فى قيد المواليد أو الوفيات ويحتاج إلى تصحيحه

ويجب لذلك رفع دعوى أمام المحكمة المختصة ولا يحصل التصحيح إلا بناء على حكم يصدر به (مادة ٢١)[١]

المبحث الثالث — فى الصور التى تعطى من الدفاتر

يعطى المبلغ صورة من القيد الذى يحصل بناء على بلاغه عقب إتمامه مصدقا عليها ممن فى عهدته الدفتر من العمدة أو نائبه بمطابقتها للأصل[٢]

ولا تؤخذ مصاريف على ذلك

وهذه الصورة هى المسماة شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة

ولكل إنسان أن يأخذ مثل تلك الصورة متى طلبها وقدم البيانات الكافية لمعرفة المطلوب

ورسم هذه الصورة ستة قروش يدفعها الطالب لمن فى عهدته الدفتر ويأخذ منه إيصالا بها (راجع المادة ٥)

المبحث الرابع — فى قوة شهادتى الميلاد والوفاة

لم يذكر القانون شيئا عن قيمة هذه الدفاتر والشهادات أى الصور التى تعطى منها

(١) لم يذكر القانون فى وجه من تقام الدعوى والظاهر أن تقام فى وجه النيابة أعنى أن ذا الشأن يبلغ النيابة صورة عريضة الدعوى وهى تقدم للمحكمة ما ترى لزومه من الإيضاحات

كذلك لم ينص على كيفية تسجيل التأشير فى الدفاتر ولا إذا كان يجب أيضا طلب الشهادات الموجودة بيد ذى الشأن ومن أخذوا صورة من الدفاتر ليوقع عليها التصحيح المذكور

ولعل التطبيق يلاحظ ذلك ويقرر وجوب العمل به وإيجاد دفتر خاص تسجل فيه الصور التى تستخرج من تلك الدفاتر وأسماء الذين أعطيت إليهم وألقابهم وعناوينهم الأخرى ما يسهل الوقوف عليهم عند إرادة التصحيح ونشر الأحكام الصادرة بذلك فى الجريدتين الرسميتين حتى تتم الفائدة المقصودة

(٢) يرد على هذه المادة تصديق العمدة أو نائبه دون ذكر الصراف مع أن المفهوم أن وجود نسخة من كل دفتر عند العمدة ومثلها عند الصراف هو لزيادة الثقة بصحة ما يكتب فيها فكان ينبغى أن يطلب التصديق من العمدة على الصورة التى يعطيها الصراف ومن هذا الأخير على التى يعطيها الأول ولولا أن المادة تقول (مصدقا عليها ممن فى عهدته الدفتر من العمدة أو نائبه) لفهمنا أنها تكتفى بتصديق العمدة وبذا تقدم يكون مراد المادة أنه إذا أعطيت الشهادة من شيخ عزبة أو نجع أو قبيلة وجب التصديق عليها من عمدة القرية أو نائبه أى فى غيبته وأما فى القرى فلا محل لهذا النص إلا إذا قصد به الصور التى يعطيها الصراف

الفصل الثانى

فى إثبات الوراثة

كان يكفى فى إثبات الوراثة إثبات الولادة والوفاة لأنه يقتضى بيان الوالدين

وقد رأيت أن شهادتى الميلاد والوفاة لاتزالان فى عهد طفولتهما ولما تأخذا محلا مكينا فى عالم القانون

لهذا وجب الرجوع إلى ماكان يجرى عليه العمل منذ القدم

إثبات الوراثة من المسائل التى تختص المحاكم الشرعية بالنظر فيها بالنسبة للمسلمين والبطركخانات بالنسبة لغير المسلمين

وكانت المحاكم الشرعية لاتقبل إثبات الوراثة الا بخصومة لأن من القواعد أن المنافع الأدبية المحضة لاتقام لأجلها دعوى فلا يجوز إثبات الوراثة مباشرة أعنى أنه لايسمع من أحد اقامة البرهان على نسبه أمام القضاء بطريق الاستقلال وأنه لابد من الادعاء بمال حتى يجوز إثبات النسب

هذا هو الأصل فى ايجاد دعوى (المسخَّر)

(المسخَّر) رجل يتفق معه الوارث الذى يريد إثبات وراثته على أن يختصمه فى دين كان للوارث فى ذمته أى المسخَّر فيأتى هذا أمام المحكمة ويتلكأ فى دعوى الدين ولكنه ينكر على المدعى أنه وارث للدائن الاصلى أى المتوفى وحينئذ يرخص للوارث بإحضار شهوده فيسمعون ويصدر إعلام شرعى أى حكم بإثبات الوراثة وإثبات الدين

ظلت الحال على ذلك إلى ماقبل صدور لائحة سنة ١٩١٠ ببضع سنين حيث اتبعت طريقة إشهادات الوراثة

وهى عبارة عن محضر يحرره الموظف الشرعى (القاضى) بأن زيدا حضر أمامه وقرر أن فلانا توفى وأنه ابنه وأن خالدا وبكرا يشهدان له بذلك فيقره هذان الشاهدان ويقول القاضى هذا ما وقع أمامى

وقد سهلت هذه الطريقة بعض التسهيل إثبات النسب إلا أن قيمة هذه الإشهادات الاعتراف بها من الخصم فان أنكرها سقطت ووجب الرجوع إلى (المسخَّر)

والمسألة معضلة الحل عندهم لذلك لم تتمكن لائحة المحاكم الشرعية الجديدة من تقرير قاعدة نهائية بخصوصها ولكنها مع ذلك تقدمت خطوات فى سبيلها فقضت بوجوب تداخل القاضى الذى يسمع الإشهاد وأوجبت إجراء تحريات رسمية وجعلت الإشهاد حجة قاطعة فى إثبات النسب ضد كل إنسان كان

ويكون للإشهاد هذه القوة فى ثلاثة أحوال :

الأولى ـ إذا حضر جميع الورثة وصادقوا على دعوى مدعى الوراثة

الثانية ـ إذا غابوا أو غاب بعضهم بعد إعلانهم إعلانا صحيحا وأجابوا بالمصادقة

الثالثة ـ إذا غاب بعضهم وأجاب بالمصادقة أو لم يجب بشئ أصلا

وبقيت حالتان :

الأولى ـ إذا حضروا وأنكروا

الثانية ـ إذا غابوا أو غاب بعضهم وأجاب بالإنكار

هنا نصت اللائحة على وجوب إثبات النسب بالطريق الشرعى وقد عرفناه (راجع المواد ٣٥١ الى ٣٥٧)

هاتان خطوتان أخريان قد يخطوهما النظام فى الزمن المقبل

الفصل الثالث

فى إثبات الزواج والطلاق

الأصل أن الزواج والطلاق يثبتان بجميع الطرق بل إن المحاكم الشرعية ما كانت تقبل فى إثباتهما قبل سنة ١٨٩٧ إلا الشهود أو الإعلامات الشرعية أى الأحكام الصادرة بها

ثم قضت اللائحة المذكورة بعدم سماع «دعوى الزواج أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين إلا اذا كانت مؤيدة بمقتضى أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى» (مادة ١٠١)

أعنى أنه إذا كان الزوجان على قيد الحياة سمعت الدعوى وجاز إثباتها بالشهود ، وجاءت اللائحة الجديدة وهى القانون نمرة ٣١ المؤرخ ٣ يوليه سنة ١٩١٠ ففرقت بين أزمان ثلاثة :

الزمن الأول ـ هو السابق على سنة ١٨٩٧

الزمن الثانى ـ من سنة ١٨٩٧ لغاية سنة ١٩١٠

الزمن الثالث ـ من سنة ١٩١١

ونصت على جواز سماع دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما فى القسم الأول بعد وفاة أحد الزوجين فى حالة الإنكار بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة

ولا تسمع فى القسم الثانى إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحة الدعوى

وأما من سنة ١٩١١ فلا تسمع الدعوى إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر

ويلاحظ مع ذلك أن هناك نظاما خاصا بإثبات الزواج والطلاق وهو نظام المأذونين ولهؤلاء لائحة يجرون عليها منذ سنة ١٨٨٠ أعنى منذ صدرت أول لائحة للمحاكم الشرعية

ويقضى هذا النظام بما يأتى :

١ ـ إيجاد مأذون فى كل قرية إلا اذا كانت صغيرة فتضم إلى قرية أخرى وقد يوجد فى القرية أكثر من مأذون واحد

وعدد المأذونين فى أقسام العاصمة والإسكندرية بحسب حاجتها

٢ ـ المأذونون هم نواب القضاة الشرعيين فى تحرير عقود الزواج وعقود الطلاق

٣ ـ تحرر هذه العقود فى دفتر خاص ذى شكل معين كل صحيفة منه منقسمة الى ثلاثة أقسام

٤ ـ يحرر العقد على الأوراق الثلاثة صورة واحدة وتعطى صورة منها الى الزوج والثانية إلى الزوجة والثالثة تبقى أصلا فى الدفتر

٥ ـ هذه الأوراق رسمية لايجوز إثبات خلاف ماتضمنته ولا الطعن فيها إلا بطريق دعوى التزوير

والتزوير الذى يقع فيها يعاقب عليه بالعقوبة الجنائية المنصوص عليها فى المواد ١٧٩ ـ ١٨٢ من قانون العقوبات

وقد رخصت اللائحة الجديدة لناظر الحقانية بإصدار لائحة للمأذونين تقرر فيها أعمالهم وتحدد اختصاصاتهم وتدبر كل ما يتعلق بهم (مادة ٣٨٣)

وحتى تصدر هذه اللائحة لايزال المأذونون يعاملون على مقتضى لائحة سنة ١٨٨٠

ويتلخص من ذلك أن اللائحة الجديدة حظرت منذ سـنة ١٩١١ إثبات الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما إلا بأوراق رسمية وعقدا الزواج والطلاق المحرران من المأذون ورقتان رسميتان وهما المخصصتان لهذا الإثبات فكأن القانون أعطاهما القوة التي كان يجب إعطاؤها لشهادات الميلاد والوفاة (راجع ص ١٩)

ولا يقال إن هذه القوة إنما تعتبر إذا توفى أحد الزوجين لكنها لايلتفت إليها إذا كان النزاع قائما بين زوجين حيين والاعتراض وارد فى ظاهره

ذلك لأن الخصومة بين زوجين على الزواج تقتضى أن يكون أحدهما مدعيا والثانى منكرا ولايخلو من أن يوجد بيد أحدهما صورة من عقد زواجه من الآخر أو من عقد طلاقه ومتى أبرزها كانت حجة قاطعة على خصمه لأنها رسمية يجب العمل بها

بقى أنه قد لايكون هناك عقد لابالزواج ولا بالطلاق إذ لايزال هناك من يتزوج على يد غير المأذون ومن يقبل التزويج بدون حضوره ثم الطلاق كثيرا مايقع حيث لامحل لتحرير عقد به وحينئذ يكون لمن هذا حاله الحق فى إثبات دعواه بشهادة الشهود

تلك هى الخطوة الأخيرة التى يجب أن يخطوها نظام المحاكم الشرعية فى هذا الموضوع كما يجب أن يخطو غيرها فى مواضع كثيرة أخرى

الفصـــل الرابع

فى الموطن

معرفة الموطن من أهم المباحث التى تجب الإحاطة بها لما يترتب على ذلك من الأحكام

فالموطن هو الذى يعلن فيه المتقاضون بعضهم لبعض ما تقتضيه الحال من الأوراق القضائيـــة سواء كانت متعلقة بالخصومات القائمة بينهم من أى نوع كانت أم لا (مواد ٣ و ٢٤ و ٣٤ مرافعات و ٢٦ و ٢٨ لائحة شرعية)

ويترتب على ذلك نتائج قضائية كبرى

وفيه تنفيذ العقود التي لم يتفق فيها على محل خاص (مواد١٦٩ و ١٧٠ و ٣٢٩ مدنى)

وفيه قيد المواليد والوفيات (راجع ص ١١)

ثم إن للشركات موطنا وللجمعيات موطنا و بالجملة لكل شخص اعتبارى موطن بحسب حالته

والموطن أنواع :

الموطن العام

الموطن المختار

الموطن القانونى

الموطن السياسى

الفرع الأول ـــ فى الموطن العام

ويسمى الموطن الحقيقى أو الأصلى

أما القانون فانه لم يأت بنص فى الموطن وقد عرفه القضاء هكذا :

«الموطن هو المركز الشرعى المنسوب للإنسان الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ماعليه ويعتبر وجوده فيه على الدوام ولو لم يكن حاضرا فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها وانه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه»

ويسمى الموطن محل الإقامة أو المحل

وقد عرفته لائحة المحاكم الشرعية هكذا : «محل الاقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة» (المادة ٢١)

ومن الناس من يقيم دائما فى بلد ولكن أعماله كلها تكون فى بلد آخر ولا يذهب إلى هذا الأخير إلا فى أوقات متقطعة ولا يقيم إلا أياما قلائل أو بعض يوم فى كل مرة كما هو شأن أصحاب الأملاك الذين كانوا يقيمون بعائلاتهم حيث ولدوا ثم تركوا بلادهم وسكنوا المدن ومنهم من أتى إليها بعائلته

ولما كان القانون لايذكر شروط الموطن ولا أحكامه العامة جاز القول بأن مثل هؤلاء يعتبرون مالكين لموطنين عامين :

الأول — هو محلهم الاصلى حيث توجد أملاكهم والعادة أن لهم هناك وكلاء وأن اختلافهم إليه من حين إلى آخر يجعله فى نظر الناس باقيا ويجوز لمن له رابطة عمل معهم فى تلك الجهة أن يقاضيهم أمام محاكمها

والثانى — محل إقامتهم بالذات أو محل سكناهم وعائلتهم ويجب اعتباره موطنا عاديا يخاصمون فيه ويختصمون فيما يتناولونه من المعاملات مع أهل بلدهم

وقد يقوم محل الإقامة مقام الموطن إذا جهل هذا الأخير

ولبعضهم موطن تجوز فيه المقاضاة كنظار الحكومة ورؤساء المصالح الأميرية والشركات وهو محل الوظيفة أى الديوان ومركز الشركة أى حيث توجد إدارتها (مواد ٨ و ٣٤ مرافعات و ٤٣ لائحة شرعية)

الفرع الثانى — فى الموطن المختار والموطن القانونى

الموطن المختار هو الذى يتفق العاقدان عليه لتنفيذ اتفاقاتهم وحينئذ يقوم الموطن المختار مقام الموطن العام فى جميع ما يقتضيه العقد المذكور

وقد يقضى القانون نفسه بوجوب تعيين محل مختار أو هو يعينه فى أحوال مخصوصة

راجع القانون المدنى مادة (٥٦٦)

راجع قانون المرافعات (مواد ٧٥ و ٧٦ و ٤١٥ و ٤٤٤ و ٥١٥ و ٥٣٨ و ٥٦٦ و ٥٧٧ و ٥٧٩ و ٥٩٦ و ٦٨١ وغيرها)

الفرع الثالث — فى الموطن السياسى

الموطن السياسى هو الذى يعتبر فى مسائل الانتخابات (مادة ٥ من قانون الانتخاب)

ويجب أن يكون المنتخب مقيما فى المركز الذى انتخب عنه وأن تكون الإقامة على وجه الاستمرار

ويجوز نقل المحل السياسى من جهة إلى أخرى بإعلان مدير الجهة المنقول إليها الطالب

الفصل الخامس

فى الأهليـة

الأهلية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء

وأهلية الوجوب هى كون الإنسان محلا لأن يكون له حق أو عليه حق

وأهلية الأداء هى كون الإنسان متصرفا فى حقوقه

وأهلية الوجوب أصل فى أهلية الأداء ولكنها لا تقتضيها دائما . وأما أهلية الأداء فإنها تقتضى أهلية الوجوب دائما إذ لا يتصور أن يكون للإنسان حق التصرف فى أمر لم يكن محلا له أعنى أن ذمته لم تشتغل به

وعليه فالأهلية نوعان : كاملة ومحدودة أو مطلقة ومقيدة

فالأهلية الكاملة هى التى تجمع بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء

والأهلية المحدودة هى أهلية الوجوب دون أهلية الأداء

والأهلية بقسميها من المسائل التى تتعلق بالنظام العام فالأحكام الخاصة بها محتمة لامندوحة للناس من اتباعها ولا يسوغ الاتفاق على ما يخالفها كما أنه لا يقبل من أحد أن يترك أهليته أو جزأ منها

والإنسان حائز لأهلية الوجوب بمحض كونه إنسانا صغيرا كان أو كبيرا حقيرا كان أو أميرا حتى الجنين فى بطن أمه حائز لأهليـة الوجوب من بعض الجهات فيجوز أن يوهب له وأن يوصى إليه و يوقف عليه إلا أن هذا كله يكون موقوفا إلى أن يولد حيا فإن ولد ميتا بطلت هذه الأعمال كلها

هذا هو الأصل ولا قدرة لأحد على مخالفته

لكن قد يحرم المرء من أهلية الوجوب لأسباب تقتضى ذلك ولا يكون هذا الحرمان إلا بنص صريح فى القانون وبالنظر لبعض الحقوق دون الكل

والغالب أن يكون الحرمان من أهلية الوجوب مؤقتا وقلما يكون مؤبدا

على أن هذا الحرمان صار نادرا فى الزمن الحاضر برق المدنية و إبطال التفريق بين إنسان و إنسان فى الحقوق والواجبات

ويخصص ذلك الحرمان بالزمان وبالمكان ونوع الحق الممنوع وسبب المنع كعدم أهلية القاصر والمجنون والسفيه المحجور عليه للايجاب إلا بالوصية بالنسبة للأخير حتى يزول السبب وكعدم أهلية الرجل لأن يكون ناخبا أو منتخبا فى غير بلده أو فى بلده لصدور حكم جنائى عليه أو حكم بعقوبة السرقة أو احتيال أو خيانة أو انتهاك حرمة الآداب (مادة ٦ من قانون الانتخاب) وعدم الأهلية للاحتراف ببعض الحرف إلا بإذن خاص كصناعة الطب والصيدلية وعدم أهلية الوصى لابتياع مال محجوره

وعدم الأهلية إما أن يكون منبسطا على جميع الحقوق المدنية وإما أن يكون قاصرا على البعض دون البعض وبعبارة ثانية : عدم الأهلية مطلق ونسبى

فاذا كان السبب طبيعيا فعدم الأهلية عام يشمل الحقوق كلها وكل عمل صادر من فاقد الأهلية العامة باطل كما فى غير المميز والمجنون

وإن كان السبب نص القانون فعدم الأهلية خاص ببعض الحقوق دون الكل والممنوع أكثر . والعمل الذى يأتيه فاقد الأهلية النسبية فاسد لاباطل . وسيأتى بيان الفرق بين الاثنين (راجع ص ١٢٨)

حقوق الإنسان من حيث أهلية الأداء نوعان : مادية وهى المتعلقة بالأموال كحق الملك وحق البيع والإجارة والقرض وغيرها ومعنوية وهى التى لاتتعلق بمال بل بحال ولا يمكن تقويمها بمال . ويدخل فى الحقوق المعنوية :

أولا — الحقوق السياسية كأن يكون الرجل ناخبا أو منتخبا

ثانيا — الاحتراف مطلقا بصناعة من الصناعات كالطب والهندسة والتعليم والمحاماة والتجارة

ثالثا — الحقوق الذاتية وهى التى من خصائص الإنسان بمعنى أن الإنابة فيها غير جائزة كالزواج والتبنى

وأهلية الأداء لهذه الحقوق مشروطة بشروط معينة إذا اجتمعت لمرء جاز له التمتع بها وإذا فقدت كلها أو بعضها انعدمت الأهلية وكل ذلك مبين فى القوانين الخاصة بكل نوع منها وفى كتب الشرع

أما بحثنا فقاصر على أهليـة أداء الحقوق المـالية وليست أهلية الأداء حاصلة فعلا لكل إنسان وفى جميع الأوقات بل هناك عوارض تحول دونهـا وهى التى تسمى موانع الأهلية وهذه الموانع هى موضوع بحثنا الخاص

وموانع الأهلية هى : الصغر والسّفه والعته والجنون والأحكام الجنائية

الصّغر ـــ الصغير هو الولد المميز الذى لم يبلغ حد النمو المطلوب جسما وعقلا

فالمولود يولد فاقد الأهلية ويبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز إلا أن عقله وملـكاته لا تزالان غضتين فلا يقوى على تقدير الأفعال التى تصدر عنه أو التى يتعمد فعلها تقديرا صحيحا ثم هو لا يصـل إلى هـذه المرتبة إلا بعد أن تنضج قوته العـاقلة ويكون له بعض الخبرة حتى يؤمن على مباشرة أشغاله وإدارة أمواله بنفســـه

ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبـة لا يتم للجميع بصورة واحدة ولا فى زمن واحد بل هم يختلفون فى ذلك اختلافا كبيرا

إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات والحاجة إلى وضع حد ينتهى إليه حال الإنســان ويخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العـــمل كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر وتتم له الأهلية

والشرائع مختلفة فى تقــدير هذا الزمن فمنها ما جعله اثنى عشرة سـنة للأنثى وأربع عشرة سنة للذكر كما فعل الرومانيون فى البداية مذ كانت الأمة فى نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق قليلة العدد أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال الضارة قبل استفحال الضرر فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة والولد محاط بهذه العنايات كلها

فلما ازدحم المجتمع بأهله وكثر المـال وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الإنسان وامتدت أطماعه إلى أبعد من داره وعشيرته ووهن رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ظهرت مضار التعجيل بإقرار الأهلية واضطر الشارع إلى تأجيل زمانها بجعله خمسا وعشرين سنة ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة

واختار القانون المصرى سن الثامنة عشرة حدا فاصلا بين الصغر وبلوغ الرشد فقضى بانتهاء الوصاية « إذا بلغ القاصر الثامنة عشرة من عمره إلا إذا قرر المجلس الحسبى استمرارها » (مادة ٨ لائحة المجالس الحسبية)

السفه — السفه خفة فى الإنسان تبعثه على العمل فى ماله بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلال العقل وهو يثبت باستقراء أعمال المتهم به والنظر فى مطابقتها لمصالحه وتأثيرها فى أمواله[1]

العته — العته اختلال فى العقل بحيث يختلط كلام المعتوه فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين وكذا سائر أموره[2]

الجنون — الجنون هو اختلال فى العقل يمنع من جريان الأفعال والأقوال على نهجه[3]

الأحكام الجنائية — كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من إدارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله (مادة ٢٥ عقوبات)

هذه عوارض خمسة تمنع الإنسان من التصرف فى الحقوق بنفسه وبعبارة أخرى تقتضى عدم أهليته للأداء

والمتصفون بها إما أن يكونوا قادرين على حماية أنفسهم بأنفسهم كالسفيه وإما أن يكونوا أيضا عاجزين عن ذلك عجزا طبيعيا كالصغير والمعتوه والمجنون فوجب أن يتكفل الشارع بحمايتهم جميعا من جهة المال وبحماية هؤلاء أيضا من جهة النفس

وهناك سادس فى حكم الخمسة تجب له حماية المال لعجزه مثلهم عن مباشرة ذلك بنفسه وهو المفقود . لذلك ألحقناه بهم ولكنا أفردناه ببحث خاص فى آخر الفصل لزيادة الشرح

وليس لنا فى حماية النفس إلا كلمة نقدمها من الآن لنتفرغ للبحث فى حماية المال

الصغير يحميه وليه أو وصيه فإن أهمل وهام فى الطرقات حمته الحكومة بنظام الأحداث المتشردين (قانون نمرة ٢ سنة ١٩٠٨)

والمعتوه والمجنون يحميه وليه أو أهله فإذا أهمل حمته الحكومة فى مستشفياتها

(١) أصول الفقه لعلامة الخضرى وكيل مدرسة القضاء الشرعى (ص ١٢٢)
(٢) و (٣) « « « « « « « (ص ١١٣ و ١١٤)

وأما طريق حماية المال فهى الولاية

والولاية ثلاثة أقسام :

ولاية شرعية وهى : ولاية الأب والجد الصحيح أى أبى الأب

ولاية حسبية وهى : التى تصدر من المجالس الحسبية وقد أضفنا اليها الوصاية المختارة لوجوب التصديق عليها من المجلس الحسبى ولكونها تابعة له فى جميع أحكامها

ولاية قضائية وهى : التى تصدر من المحاكم الأهلية المدنية

الفرع الأول ـ فى الولاية الشرعية

الولاية الشرعية للأب فإن لم يكن فلأبى الأب

وهى على الصغير والمعتوه والمجنون وكذا الغائب ويشترط أن يكون الولى متصفا بالعدالة وحسن السيرة والأمانة على حفظ المال

المبحث الأول ـ فى تصرفات الولى

للولى بمقتضى الولاية على المال أن يستثمر مال محجوره بالتصرفات المؤدية الى ذلك بما فيه مصلحة الولد وذلك بنفسه أو بوكيل عنه فيزرع ويؤجر ويشارك وغير ذلك من الأعمال التى تدخل فى الإدارة عادة وأن يبيع ويشترى وغير ذلك من التصرفات

إلا أن من الأعمال مالا يجوز له إجراؤه إلا بقيود وهو :

الإجارة والبيع لأجنبى	إما أن يكون لأجنبى أو للولى نفسه فإن كانا لأجنبى وجب أن لا يكون فيهما غبن فاحش وإلا كانا باطلين حتى لو أقرهما الولد بعد أن يبلغ رشيداً ويقدر الغبن الفاحش بالخمس ويغتفر الغبن اليسير
الشراء من أجنبى	الشراء من أجنبى نافذ على القاصر إن لم يكن فيه غبن عليه أو كان بغبن يسير فإن كان الغبن فاحشا نفذ على الولى نفسه أعنى أن البائع يلزم الولى بدفع الثمن من ماله هو وتكون الصفقة عليه لا على القاصر
البيع للولى نفسه	لا يجوز للولى أن يشترى مال القاصر لنفسه وإذا فعل جاز للقاصر بعد الرشد أن يطلب فسخ البيع إن لم يقره (مادة ٢٥٨ مدنى)

البيع من الولى

يجوز للولى أن يبيع ماله للقاصر لكن الملكية لا تنتقل للقاصر إلا بالقبض فإن هلك المبيع قبل قبضه على ذمة القاصر فهلاكه على الولى وهذه الصورة تتحقق إذا كان المبيع منقولا فى بلد أخرى

ويجوز للولى أن يبيع عروض القاصر الغائب لنفقته أى الولى ونفقة أمه وزوجته وأطفاله ولا يبيع إلا بمقدار النفقة

الرهن

حكم الرهن حكم البيع فى الحالتين أى سواء كان الولى هو الراهن للقاصر أو المرتهن منه

ويجوز للولى أن يرهن مال القاصر بدين نفسه وفى هذه الحالة إذا هلك الرهن كان على الولى للقاصر قيمة الدين وإن كانت قيمة الرهن أكثر منها أعنى لو رهن عقارا للقاصر قيمته ألف فهلك الرهن لا يلزم الولى للقاصر إلا بألف وهذا إذا لم يكن هلاك الرهن بتقصير من الولى

القرض والهبة

لا يجوز للولى أن يقرض مال القاصر ولا أن يقترضه ولا أن يهب شيئا من ماله ولو بعوض

العارية

يجوز للولى أن يعير مال القاصر لأجنبى حيث لا يخشى الضياع ولا التلف

الحوالة بالدين

إذا كان الولى هو الذى باشر عقد الدين الذى للقاصر فله قبول الحوالة به على مدين آخر بلا قيد

فإن لم يكن هو الذى باشره لا يجوز له أن يحتال به إلا إذا كان المحال عليه أى المدين الجديد أملأ من الأول أى أيسر منه

المبحث الثانى — فى انقضاء الولاية الشرعية

تنقضى الولاية على المال بأحد الأسباب الآتية :

أولا — متى زال سببها وهو الصغر بشرط أن يبلغ الولد عاقلا فإن بلغ مجنونا أو معتوها استمرت الولاية إلى أن يزول سبب الاستمرار . وإذا بلغ عاقلا صار هو ولى نفسه

ثانيا — بعزل الولى أى بنزع المال منه وتسليمه إلى وصى يعينه القاضى بما له من الولاية العامة

ويقع ذلك إذا صار الولى مبذرا متلفا مال القاصر غير أمين على حفظه

ثالثاً – بموت الولى أو القاصر

أما التخلى عن الولاية فغير جائز لأنها من المسائل المتعلقة بالنظام العام

ومتى انقضت الولاية سلم مال القاصر إليه ووجب على الولى محاسبته فإن نازعه فيه فالأمر للقاضى و يصدق الولى بيمينه فيما لا يكذبه الظاهر فيه وأما غير ذلك فلا يقبل منه إلا ما كان مطابقاً للعرف و يلزم بالباقى

فإن انقضت الولاية بموت الولى وكان مال القاصر معروفاً سلم إليه أو أخذ قيمته من التركة

أما إذا مات الولى مجهلا مال الصغير فلا رجوع على التركة

تتمة – فى رجوع الولىّ على مال القاصر

قد يشترى الولى للقاصر شيئاً لم يكن واجبا عليه شراؤه كدار أو أرض زراعية ونحوهما ويدفع الثمن من ماله الخاص فهل يرجع به على مال القاصر أم لا ؟

إن كان الولد ذا مال فكل الذى يشتريه له الولىّ يكون من ماله حتى الطعام والكسوة

وإن كان فقيرا لا يرجع عليه الولىّ بما كان من قبيل النفقة ولو أيسر القاصر

فاذا كان الذى اشتراه الولىّ مما ليس بواجب عليه كدار أو أرض زراعية ونحوهما ولم يشهد وقت الشراء أنه يقصد الرجوع على القاصر فليس له الرجوع وإن أشهد على ذلك فهو جائز

الفرع الثانى – فى الولاية الحسبية

الولاية الحسبية أى التى تصدر من المجلس الحسبىّ هى الوصاية والقيامة والوكالة

والوصاية نوعان :

وصاية مختارة وهى التى تصدر من الولىّ قبل موته لغيره و يصدّق عليها من المجلس الحسبىّ

ووصاية تصدر من المجالس الحسبية رأسا

وسواء كانت مختارة أم لا فأحكامها واحدة فالوصيان متساويان فى الواجبات والتصرفات

والقيامة هى الولاية على مال البالغ المحجور عليه

وهى أيضا نوعان : قيامة حسبية أى صادرة من المجلس الحسبي وقيامة قانونية أى مأمور بها فى قانون العقوبات الاهلى

والوكالة هى الولاية على مال المفقود

والثلاثة من مختصات المجالس الحسبية

والمجالس الحسبية تجرى فى أعمالها بمقتضى القوانين الآتية :

القانون المؤرخ فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ وعنوانه لائحة المجالس الحسبية

« « « ١٧ فبراير « ١٨٩٨

« « « ٤ يونيه « ١٩٠٠

« « « ٥ مارس « ١٩١١

اختصاص المجالس الحسبية

تختص المجالس الحسبية (مادة ٥ لائحة أساسية) :

١ ــ بتثبيت الأوصياء المختارين وتعيين الأوصياء لمن لا ولىّ ولا وصىّ له و بعزلهم

٢ ــ باستمرار الوصاية إلى مابعد الثامنة عشرة إذا اقتضى الحال ذلك أى إذا لم يبلغ القاصر هذا السن رشيدا يحسن التصرف

٣ ــ بالحجر على عديمى الأهلية وتنصيب القوّام وعزلهم و برفع الحجر

٤ ــ بتعيين وكلاء الغائبين وعزلهم

٥ ــ باتخاذ جميع الوسائل المؤدية إلى حفظ أموال عديمى الأهلية والغائبين

وتشترك النيابة العمومية فى بعض أعمال المجالس الحسبية

فلها بالجهات التى هى فيها أن تأمر باتخاذ الوسائل التى تراها لازمة لحفظ حقوق الحمل المستكن أو القصر أو عديمى الأهلية أو الغائبين أو الحكومة فإن لم يكن فى الجهة مركز للنيابة وجب على العمدة أن يتخذ ما كان ضروريا من الاحتياطات التحفظية ومنها وضع الأختام على أبواب المحلات التى يكون فيها أموال أو أوراق ودفاتر وغير ذلك مما يقتضى الحيطة وللنيابة أن تتداخل فى هــذه الإجراآت فى الجهات البعيدة عن مركزها إذا دعت الحال ذلك

فإن لم تقم النيابة ولا العمدة بهذا الواجب قام به رؤساء المجالس الحسبية

المبحث الأول ــ فى تعيين أولياء المال وعزلهم

يصدر بكل تعيين قرار خاص من المجلس الحسبي وكذا العزل

ويجب أن يكون التعيين فى مدة لا تجاوز ثمانية أيام من تاريخ الإخبار بالوفاة إن كان القاصر أو مستحق الحجر أو الغائب وارثا لتركة توفى صاحبها

فإن كان التعيين حاصلا لسقوط الوصاية أو القيامة أو الوكالة بالتخلى عنها أو بالعزل فالمدة غير مقدرة إلا أنه يجب الإسراع بالتعيين على قدر الإمكان بدليل قصر المدة التى قررها القانون فى حالة الوفاة

ورؤساء المجالس الحسبية مكلفون بجمع الإيضاحات والمعلومات التى تلزم المجالس قبل إصدار قراراتها وعليهم إجراء تحقيقات مختصرة للوقوف على حقيقة الأسباب الداعية إلى طلب الحجر وأن يحرروا بذلك محضرا يقدمونه للمجلس وبالجملة رؤساء المجالس الحسبية مكلفون بإجراء كل عمل يكون من ورائه وقوف المجالس تمام الوقوف على حال التركة وأهمية الولاية المراد إناطتها بالوصي أو القيم أو الوكيل

ومن أهم مايجب الوثوق منه استقامة من يراد تعيينه وليا على المال وقدرته على استثماره وأمانته لحفظه

ومتى تمت الإجراآت يصدر المجلس القرار بما هو مطلوب إن كان تولية أو عزلا ويجب على القيم أو الوصي أن ينشر القرار القاضى بتوقيع الحجز أو باستمرار الوصاية إلى مابعد السنة الثامنة عشرة

ولمن وقع عليه التعيين أن يرفضه ولذلك يجب عليه أن يعلن قبوله أو رفضه فى ثلاثة أيام من تاريخ إخطاره بذلك فإن سكت عُدَّ سكوته رفضا ووجب تعيين غيره فى ثلاثة أيام وكذا لو رفض

ويجوز الطعن فى قرارات المجالس الحسبية أمام المجلس الحسبي العالى

ومتى أصبحت القرارات نهائية وجب تنفيذها

ويترتب على قرارات المجلس الحسبي القاضية بالحجر أو باستمرار الوصاية بطلان كل عمل يباشره المحجور عليه من يوم صدور القرار الخاص به

المبحث الثانى — فى واجبات ولىّ المال

يجب على ولىّ المال وصيا كان أو قيّما أو وكيلا :

١ — جرد أموال من هو نائب عنه قبل استلامها وأن يحرر قائمة الجرد من نسختين لتحفظ إحداهما بالمجلس الحسبىّ والثانية تبقى فى يده

فإن كان المال مشاعا فى تركته وجب جرد أعيانها كلها بحضور أحد رجال الإدارة

ويشمل الجرد على كل حال جميع المنقولات والعقارات وملحقاتها والأوراق وقيمة ما تساويه المنقولات وكل شئ ذى قيمة بوجه التقريب والمقادير

ويشتمل محضر الجرد على كل حال بيان جميع المنقولات وما تساويه بوجه التقريب وكذا الأشياء ذات القيمة كالحلىّ وبيان العقارات مبنية كانت أو غير مبنية وما تساويه من الثمن بوجه التقريب كذلك وبيان السندات ذات القيمة وسندات الديون والحجج والعقود والدفاتر وكل ورقة ذات قيمة

٢ — دفع أجرة الخراس الذين عينتهم النيابة أو العمد أو رؤساء المجالس الحسبية

٣ — تقديم ضمان للمجلس الحسبىّ يكفل حسن إدارتهم متى طلب منهم ذلك

ويجوز أن يكون الضمان شخصيا أو عينيا أى عقارا

لكن يجب أن يكون قاصرا على مبلغ معين أو عن جميع ما قد يصيب المال من الضرر بسبب سوء الإدارة

ويعفى الولىّ الشرعى (الأب والجد) وكذا الوصىّ المختار من تقديم الضمان إلا إذا اشترط الموصى ذلك فى وصيته

ومع ذلك إذا ساءت إدارة أحدهما وخيف على الأموال التى فى يده جاز للمجلس أن يطلب الضمان فإن أباه من طلب منه جاز عزله كما وقع

٤ — تقديم حساب مفصل فى آخر كل سنة للمجلس الحسبىّ الذى عينهم وترفق به السندات الدالة على صحته مع بيان كل من الوارد والمصروف على حدة

وعليهم أن يقدموا حسابا للمجلس الحسبىّ فى غير ذلك الموعد كلما طلب منهم ذلك وكذا يقدمون دفاترهم إذا طلب منهم تقديمها

٥ ـ دفع المبالغ التى يقدرها المجلس للإنفاق على القاصر أو المحجور عليه أو أهل الغائب

٦ ـ تنفيذ قرارات المجلس فى كيفية استثمار المبالغ المتوفرة أو إيداعها فى صناديق الحكومة

٧ ـ تقديم حساب نهائى لرب المال أو لورثته متى انقضت الولاية بغير موت الولى فإن مات الولى وجب على ورثته تقديم الحساب

ويكون تقديم الحساب لرب المال أو وليه فى جلسة المجلس الحسبى ليراقبه ويبدى ما يراه فيه من الملحوظات لمصلحة رب المال

المبحث الثالث ـ فى حقوق ولى المال

لولى المال وصيا كان أو قيما أو وكيلا الحق فيما يأتى :

١ ـ إدارة أموال من ناب عنه فيزرع ويؤجر ويشارك ويدافع عن الحقوق أمام جهات القضاء والإدارة وبالجملة يباشر جميع الأعمال التى يقتضيها إنماء المال وصيانته

ومن الأعمال ما لا يجوز له مباشرتها إلا بترخيص خاص من المجلس الحسبى وهى البيع والشراء والرهن وسداد الدين

وأما القبض فهو له إلا قبض ثمن العقار المنزوعة ملكيته للمنافع العمومية فيجب الإذن بذلك من المجلس الحسبى أيضا

٢ ـ أجرة لنفسه مقابل قيامه بأعمال الولاية ويكون تقديرها بقرار من المجلس الحسبى ويراعى فى ذلك أهمية المال الذى يديره الولى والأتعاب التى تقتضيها الإدارة ولا تقدر أجرة للولى إلا بطلب منه ولا يعتبر متبرعا إلا إذا انقضت ولايته ولم يطلب شيئا أو إذا كان أعلن أنه لا يطلب أجرا على عمله

المبحث الرابع ـ فى انقضاء ولاية المال

تنقضى ولاية المال بأحد الأسباب الآتية :

١ ـ بلوغ الصبى الثامنة عشرة أى تمامها ويثبت ذلك بشهادة الميلاد فإن لم توجد ولم يكن هناك أوراق تقوم مقامها كشهادة القرعة يقدر السن بالاجتهاد أو بشهادة طبيب

٢ ـ رفع الحجر عن المحجور عليه

٣ ـ عودة الغائب

٤ ـ موت المحجور عليه

٥ ـ عزل ولىّ المال أو تخليه عن الولاية أو موته

فاذا حدث سبب من هذه الأسباب وجب تسليم المال لصاحبه فى الأحوال الأربع الأولى أو لولىّ المال الجديد فى الحالة الخامسة وذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ انقضاء الولاية

فاذا توفى الولىّ قبل التسليم قام ورثته مقامه فى ذلك

الفرع الثالث ـ فى الولاية القضائية

إذا حُكم على إنسان بعقوبة جنائية كالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن فقد أهلية الأداء وصار محجوراً عليه ووجب أن يقوم مقامه من يتولى إدارة أمواله

وعليه أن يعيّن القيّم الذى يختاره لذلك ولا ينفذ التعيين إلا بتصديق من المحكمة فإن لم يعيّنه عيّنته المحكمة الابتدائية المدنية التابع لها محل إقامة المحكوم عليه بناء على طلب النيابة العمومية أو ذوى الشأن

والقيّم تابع للمحكمة فى جميع مايتعلق بقيامته

فهى تقوم مقام المجلس الحسبىّ وجميع الواجبات والإجراآت المفروضة على القيّم فى مصلحة المحجور عليه تكون تحت ملاحظتها فيجوز لها أن تكلفه بالضمان وأن تكشف على أعماله بمن تنتدبه لذلك متى شاءت والرخص اللازمة للقيّم لمباشرة بعض الأعمال تصدر له منها وهى التى تقدّر له أجرة

ومع ذلك يجوز للمحكوم عليه أن يوصى وأن يقف بلا إذن أما التصرفات الأخرى كالبيع والشراء والرهن والهبة والمعاوضة فلا تجوز له إلا بإذن من المحكمة

ويتبين من ذلك أن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفيه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة

والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال فلا هو قليل الخبرة ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ولهذا يحترم رأيه غالبا فى إدارة أعماله ويؤذن له كذلك بإجراء مايريد من التصرفات

وتنقضى الولاية القضائية بأحد الأسباب التى تنقضى بها الولاية الحسبية ويترتب على تلك مايترتب على هذه سواء بسواء

مبحث ـ فى المفقود[1]

جاء فى المادة (٥٧٤) من كتاب الأحوال الشخصية مانصه : «المفقود هو الغائب الذى لايدرى مكانه ولاتعلم حياته ولا وفاته» . والمفقود إما أن يعود وإما أن لايعود وحينئذ وجب تحديد زمن يعتبر فيه المفقود ميتا إذ لايجوز أن تستمر الغيبة إلى غير أجل ومتى انقضى الزمن حكم القاضى بموت المفقود

وحكمة تقرير أحكام للمفقود وجوب الاهتمام بأمواله حتى لاتبدد وبزوجه حتى لاتدوم على الانتظار من غير أن يكون لها الحق فى أن تتزوج من غيره ثم بورثته

وينقسم الكلام فى المفقود إلى أربعة أقسام :

الأول ـ صون أمواله زمن الغيبة وحال أهله وحكم الغيبة بالنسبة للمفقود نفسه

الثانى ـ متى تنقضى الغيبة

الثالث ـ مايترتب على انقضاء الغيبة

الرابع ـ مايترتب على رجوع المفقود بعد انقضاء زمن الغيبة شرعا

١ ـ فى صون أموال المفقود زمن الغيبة

إذا ترك المفقود وكيلا عنه فهو الذى يدير أشغاله ويحفظ ماله فإن لم يترك وكيلا وكان له أب أو جد صحيح (أعنى أب أب) فله الولاية على ماله (راجع ص ٣٠)

فإن لم يترك وكيلا أو ترك ومات أو تخلى عن وكالته ولم يكن له ولى وجب تعيين وكيل يقوم بما ذكر

(١) راجع الجزء الثانى من شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للأستاذ الفاضل الشيخ محمد بك زيد الابيانى مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية

ويكون تعيين الوكيل بقرار من المجلس الحسبي التابع له محل توطن المفقود (مادتى ٢ و ٥ من لائحة المجالس الحسبية الصادر بها الأمر العالى بتاريخ ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦)

ويقع التعيين بعد الحصول بمعرفة رئيس المجلس على المعلومات التى من شأنها إثبات الغيبة والتحقق من عدم وجود محل معروف للغائب فى القطر أو فى مظان وجوده من البلاد الأجنبية (مادة ٩ من لائحة تنفيذ الأمر العالى المذكور الصادرة بقرار ناظرى الداخلية والحقانية المؤرخ ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧)

وللنيابة العمومية بالجهات التى فيها مركز لها أن تأمر باتخاذ الوسائل التى تراها لازمة لحفظ حقوق الغائب حتى يعين الوكيل فإن لم يكن بالجهة نيابة وجب على العمدة إجراء ذلك فإن أهملت النيابة أو العمدة القيام بهذا الواجب اتخذ المجلس الحسبي مايراه من الإجراآت التحفظية إلى حين التعيين (المادة ١٠ من لائحة المجالس الحسبية و ١١ من لائحة تنفيذها[1])

وللوكيل مباشرة إدارة أموال المفقود فيزرع ويؤجر ويعمل كل مايجوز للوكيل العام عمله

ولا يجوز بدون ترخيص من المجلس الحسبي أن يشترى أو يبيع أو يرهن أو يسدد دين الغائب (مادة ١٣ لائحة) ولا أن يقبض ثمن العقار المنزوعة ملكيته للمنافع العمومية (راجع ص ٣٦ و ١٢٤)

ولا تجوز قسمة الأموال المشتركة مهما كان نوع الشركة إلا أمام المحكمة الجزئية أولا وبتصديق المحكمة الكلية ثانيا (راجع ص ٣٣٢)

هذا مايتعلق بأموال المفقود

وأما مايتعلق بأهله فهم باقون على ماهم عليه قبل غيبته: الزوجة على عصمته والأولاد والأقارب يعيشون عن تركته وليس لهم من الحقوق قبله إلا مافرضه الشرع من النفقات على مثله لمثلهم

(١) قد يتوهم من تخصيص هذين النصين بحالة الغائب الوارث الذى توفى مورثه أن اختصاص المجالس الحسبية قاصر على ذلك فلا يشمل المفقود فى غير حالة وفاة مورثه وقد يتأيد هذا الرأى من جهة نصوص اللائحة فإنها كلها تشير إلى أن محل اختصاص المجالس الحسبية فى تعيين القيم على عديمى الأهلية والغائبين عندما يتوفى شخص ويكون بين ورثته واحد من هؤلاء لكن هذا الرأى يخالف الواقع لأن اختصاص المجالس الحسبية مطلق فى حالة الوفاة وغيرها بإجماع والعمل جار على ذلك منذ وجودها وليس فى لائحة المحاكم الأهلية مايشير إلى اختصاصها بتعيين وكلاء الغائبين (راجع المادتين ١٥ و ١٦ من اللائحة المذكورة)

وأما مايتعلق بذمة المفقود ففي الأمر تفصيل :

الأعمال التي يكون ارتبط بها مع غيره قبل غيبته تبق كلها نافذة كما لو كان حاضرا فيحترم بيعه ورهنه وإجارته وهكذا

ويقول الشرعيون إنه يعتبر حيا بالنسبة لهذه الأعمال وبالنسبة لحقوق أهله قبله

ويعتبرونه ميتا بالنسبة للأحكام التي تتوقف على ثبوت حياته فيوقف نصيبه في الإرث وحقه في الوصية إن رجع أخذه وإن قضى بموته رد إلى ورثة المتوفى أو الموصى

ويجمع ذلك قولهم : المفقود حيّ في ماله ميت في مال غيره

٢ – فى انقضاء الغيبة

تنقضي الغيبة برجوع المفقود أو بالحكم بموته

وليس للغيبة زمن محدود متفق عليه لايحكم بالموت إلا بعد انقضائه لأنهم اختلفوا كثيرا في ذلك فقيل يحدد الزمن بمائة وعشرين سنة من يوم ولادة المفقود وقيل بمائة وتسعين وبسبعين وبستين وقال بعضهم لايحكم بموته إلا إذا انقرض أقرانه

والراجح تفويض الأمر إلى رأى الحاكم فيحكم بالموت إن ترجح عنده وهذا قول الحنفية وهو المرجح أيضا عند الشافعية فهم يقولون : يقضى بموت المفقود اجتهادا متى انقضى الزمن الذى لايعيش بعده غالبا

أما المالكية ففصلوا :

إن كان الغائب فقد في بلاد إسلامية يرفع أمره إلى الحاكم فيبحث عنه في مظان وجوده فاذا عجز عن معرفة حاله وجب انتظاره أربع سنين ثم يقضى بموته

وكذا الحكم إن سار مع جيش إسلامى لقتال جيش من المسلمين فان ثبت أنه كان فى القتال بحث الحاكم عنه فان لم يعثر على خبره حكم بموته

وإن فقد فى حرب بين المسلمين وغيرهم يبحث عنه كما تقدم وبعد العجز ينتظر سنة واحدة ثم يقضى بموته

فان ثبت أنه أخذ أسيرا أو فقد عند أهل الشرك كانت مدة الانتظار إلى تمام عمره وقدره البعض بسبعين والبعض بثمانين وآخرون توسطوا بينهما

وهذا كله إذا كان للمفقود مال ينفق منه على الزوجة ولم تخش على نفسها الفتنة فان لم يكن له مال أو خشيت الزوجة الفتنة جاز للحاكم أن يطلقها عليه من دون أن يضرب لذلك أجلا

وأما الحنابلة فيفصلون :

إن فقد الرجل فى حالة يغلب فيها الهلاك كمن فقد بين الصفين حال التحام القتال أو كان فى مركب وغرق فنجا قوم وغرق آخرون بحث عنه أربع سنين فإن لم يوقف له على أثر قضى بموته

وإن فقد فى حالة لايغلب فيها الهلاك كمن خرج لتجارة أو طلب علم أو سياحة قال بعضهم ينتظر تسعين سنة من مولده وقال آخرون بل يجتهد الحاكم ويقضى بالموت إن ترجح عنده فإن غاب وهو ابن تسعين قضى بموته اجتهادا أيضا

٣ ــ فيما يترتب على انقضاء الغيبة

إذا انقضت الغيبة برجوع المفقود حاسب وكيله واستلم أمواله كما لو كان على سفر وعاد إلى بيته وله ما كان موقوفا من إرث أو وصية

وإن انقضت بالحكم بموته يترتب على هذا الحكم مايأتى :

أولا ــ يعتبر المفقود الذى حكم بموته ميتا من تاريخ انقطاع خبره وذلك بالنسبة لمال غيره طبقا لقاعدة : (المفقود ميت فى مال غيره) فإن كان قد ورث عن غيره وأوقف نصيبه حتى يظهر الحال رجع هذا النصيب إلى ورثة المورث الذين كانوا يستحقونه من يوم وفاته لامن يوم الحكم بموت المفقود وكذا يكون فى الوصية

ويعتبر ميتا من تاريخ الحكم فقط بالنسبة لماله

ويبنى على ذلك : أن تركته تقسم على الورثة الموجودين حين الحكم أما من توفى منهم قبل الحكم فليس لورثتهم نصيب فيها

ثانيا ــ تعتد الزوجة من يوم الحكم عدة الوفاة ويحل لها الزواج بغيره بعد انقضاء العدة

ثالثا ــ تنتقل هــذه الحقوق إلى من يتلقاها ملكا تاما فلهم أن يتصرفوا فيها بجميع أنواع التصرفات الشرعية

٤ ــ فيما يترتب على رجوع المفقود بعد القضاء بموته

يترتب على رجوع المفقود بعد الحكم بموته سقوط هذا الحكم من يوم الرجوع فيسترد المفقود أمواله من يد الورثة كلها إن كانت باقية أو مابقى منها إن كانوا تصرفوا فى بعضها

وعلى كل حال لايلزمون برد قيمة ماتصرفوا فيه ولا بقيمة غلته التى أخذوها لأن المال كان ملكا لهم من يوم الحكم كما تقدم

أما زوجته فهى له وقيل يخير بينها وبين الصداق

الباب الثانى

فى الشخص الاعتبارى

الأشخاص الاعتباريون هم لفيف من الناس كونوا مجموعاً يشتغل بعمل معين ويعتبرهم القانون فى مجموعهم هذا كفرد من أفراد الإنسان من جهة الحقوق والواجبات إلا ما كان متعلقاً بذات الإنسان الفرد

ويجوز لهذا المجموع أن يكون مالكا ودائنا ومدينا وأن يخاصم ويخاصم أمام القضاء ويتعهد أى يتعاقد ويهب ويوهب له

ومثال الشخص الاعتبارى :

١ – الحكومة أو الدولة

٢ – المصالح الأميرية أى النظارات وفروعها الكبرى كمصلحة الصحة ومصلحة السكك الحديدية وهكذا وكل طائفة من المصالح ترجع إلى نظارتها فهى تجمعها كلها

٣ – مجالس المديريات

٤ – المجالس البلدية

٥ – المجالس المحلية

٦ – الشركات التجارية

٧ – الجمعيات على اختلاف أنواعها مادام لها عمل معين كالجمعيات الخيرية والجمعيات الأدبية والفنية

والمباحث التى يدور عليها الكلام فى الأشخاص الاعتبارية هى الآتية :

١ – كيف توجد

٢ – أهليتها

٣ – حقوقها

٤ – الواجبات أو التكاليف التى يجوز أن تفرض عليها

٥ – موطنها

٦ – انقضاؤها

وكل هذه المباحث مقررة فى القوانين الأجنبية

أما مصر فليس للأشخاص الاعتباريين فيها قانون خاص ولا يعرف الشخص الاعتبارى عندنا إلا باستقراء المجاميع التى خولتها القوانين هذه الصفة وهى :

١ ـ الشركات التجارية ومحلها فى القانون التجارى

٢ ـ الشركات المدنية وسيأتى الكلام عليها فى العقود المعينة

٣ ـ مجالس المديريات (راجع المواد ٢ ـ ١٧ من القانون النظامى المعدل بالقانون نمرة ٢٢ سنة ١٩٠٩)

٤ ـ المجالس البلدية فى المدن التى أنشئت فيها كالاسكندرية وطنطا والمنصورة

٥ ـ المجالس المحلية كذلك

٦ ـ المجالس المحلية المختلطة أيضا

وحقوق كل واحدة من هذه الهيئات مبينة فى القانون أو القرار الصادر بانشائها وما عدا ذلك فلا نص عليه وإنما المحاكم تجرى فى أحكامها بالقياس على ما هو مقرر فى البلاد الأخرى

حتى الحكومة نفسها ليس هناك نص يصرح بأنها شخص اعتبارى ولكن هناك نصوص كثيرة تفرض ثبوت هذه الصفة لها كالأمر العالى الرقيم ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ المخصص للمحاكم التى يجوز مخاصمة الحكومة ومصالحها أمامها والأوامر المتعلقة بأملاك الميرى العمومية والأملاك الحرة ومن ذلك ما ورد فى القانون المدنى فى باب الأموال (راجع المواد ٨ و ٩ و ١٠)

وأما الجمعيات الأدبية فلا نص يقضى بثبوت تلك الصفة لها إلا أن المحاكم تعتبر منها شخصا اعتباريا ما ظهر لها أنه جدير بذلك

وأول حكم صدر فى هذا الموضوع كان مختصا بالجمعية الخيرية الاسلامية إذ قضت محكمة الاستئناف فى ٢٣ ابريل سنة ١٩٠٦ باعتبارها شخصا مدنيا وبأن لها الحق فى إقامة الدعاوى كما يجوز أن تقام عليها

الكتاب الثانى

فى الأمـــوال

المال فى اصطلاح القانون كل شئ نافع للإنسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره وبعبارة أخرى يتملكه

ومجموع الأموال التى يختص بهـا كل شخص يسمى الثروة وليس كل شئ مالا لكن كل مال شئ أعنى أن الشئ جنس والمـال نوع منـه فكل ماهو كائن فى الوجود شئ كذا الشمس والقمر والمـاء والهواء والبحار والأنهار والنبات والانسان والجماد وكلها نافعة للإنسان لكنها لا تعد مالا إذ المرء لايستأثر إلا بالقليل منها وهذا هو المـال

وقد جرى العرف على اعتبار الشئ مرادفا للمـال لأنهم لاينظرون إليهما إلا من جهة الانتفاع على سبيل الملك والاختصاص وقانوننا يعبر عن المنقول بأشياء (مادة ٣)

البـــاب الأول

فى أنواع الأموال

ينقسم المـال أقساما كثيرة نذكر منها ماجاء به القانون سواء كان النص فيـه صريحا أو أنه يقتضيه لزوما لورود أنواعه فى التطبيقات التى جاء بها فى مواضع مختلفة

وكلها مبنية على اختلاف الجهة التى ينظر منها إلى المـال فينقسم المـال بالنسبة لذاته وبالنسبة لمـالكه وبالنسبة لتعلق الحقوق به

الفصـــل الأول

فى تقســـيم الأموال بالنســـبة لذاتها

ينقسم المال بالنسبة لذاته إلى ثابت ومنقول (مادة ١) ومادىّ ومعنوىّ ومثلىّ وقيمىّ وهالك بالاستعمال وغير هالك وقابل للقسمة وغير منقسم

الفـــرع الأول ــــ فى الأموال الثابتة والمنقولة

المبحث الأول ـــ فى الأموال الثابتة

المال الثابت هو الذى لايمكن نقله من محل الى آخر بدون ضرر أو تلف سواء كان عدم الإمكان ناشئا من طبيعة الشئ أو من فعل الانسان (مادة ٢) ويسمى هذا المال عقارا

مثال المال الثابت بطبيعته : العقارات المادية كالأراضى والبرك والمستنقعات والمعادن قبل استخراجها والأحجار قبل قطعها وكذا الأشجار والحاصلات التى لم تنفصل عن الارض

ومثال المال الثابت بصنع الانسان : مجارى المياه تحت سطح الأرض والطواحين والسواقى وكل منقول جعله الانسان بصنعه ثابتا أو مزجه بالارض مزجا نهائيا

ومن الأموال العقارية جميع الحقوق العينية وهى :

الحقوق المتعلقة بالعقار مباشرة كحق الملكية والرهن والامتياز والارتفاق والحيازة والاستعمال والسكنى

ويلحق بها أيضا بعض المنقولات فى أحوال خاصة وهى :

أولا ــ الآلات الزراعية والماشية اللازمة لزراعة المملوكة لصاحب الأرض

ثانيا ــ آلات المعامل ومهماتها إن كانت ملكا لمالك المعامل ومع ذلك فان هذه المنقولات لا تلحق بالعقار إلا من جهة واحدة هى عدم جواز الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به سواء كان الزارع هو المالك نفسه أو غيره كالمستأجر

وأما فيما عدا ذلك فهى منقول تجرى عليه أحكام المنقول كلها مثلا : لو أجر زيد لبكر أرضه وما فيها من الآلات الزراعية والماشية الخاصة بالزراعة واستحق على زيد دين لأجنبى لايجوز لهذا الأجنبى أن يحجز الآلات والماشية

١ ــ فى بيان الماشية والآلات الزراعية

تصدق الماشية على الواحد كما تصدق على الأكثر بقطع النظر عن اختلاف الأنواع وتصدق الآلات على : الوابورات غير الثابتة والعربات والمحاريث والقصاصيب والجرافات والنوارج وأمثال ذلك

وليلاحظ أن ماله صفة العقار من تلك الآلات والماشية إنما هو ما يكون على قدر حاجة الزراعة وأما مازاد عليها فلا يعتبر عقارا

والعرف هو الذى يميز بين الاثنين مثلا : جرى العرف فى الزراعات الواسعة أن يكون لكل مائة فدان خمسة أزواج من البقر ومثل ذلك العدد من المحاريث وما يناسبه من الآلات الأخرى

وجرت العادة أيضا أن صاحب الأفدنة العشرة أو الأقل من ذلك يكون عنده ثوران ومحراث ويتبع ذلك بعض الخيل والبغال والحمير والجمال

ولا يشمل هذا التخصيص الماشية المعدّة للبيع أو لركوب المالك أو لغير ذلك من المظاهر (مادة ٤)

٢ ـــ فى بيان آلات المعامل ومهماتها

تصدق الآلات على العدد المستعملة فيها كالمطارق والسنادين والمكابس والآلات غير المثبتة فى الأرض وغيرها

وتصدق المهمات على الفحم والشحم والعقاقير والخامات التى تستعمل فى العمل وليس منها ماتم صنعه

ويقتصر فى آلات المعامل ومهماتها على حاجة تلك المعامل

ولذلك يجوز الحجز على الآلات والعُدد غير المستعملة وعلى المهمات التى تزيد على حاجة المعمل زيادة ظاهرة

ويشترط فيها أن تكون ملكا لصاحب المعمل (مادة ٤)

٣ ـــ فى أقسام الأطيان الزراعية

كانت الأطيان الزراعية فى مصر تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : ـ الأطيان العشورية وهى التى كانت مملوكة الرقبة والمنفعة لصاحبها وله فيها حق التصرف التام

القسم الثانى : ـ الأطيان الخراجية وهى التى كانت رقبتها مملوكة للحكومة وأما الأفراد فإنهم كانوا لايملكون منها إلا حق الانتفاع

وكانت الأطيان العشورية تورث

وأما الأطيان الخراجية فإنها كانت لاتورث للنساء إلى عهد المرحوم سعيد باشا فإنه أصدر قانونا معروفا باسم اللائحة السعيدية سنة ١٢٧٤ أباح به لهن حق الإرث

وكانت الأطيان الخراجية هى التى يجوز رهنها بطريق الغاروقة دون الأطيان العشورية (راجع المادة ٥٥٣ مدنى)

وكان لأصحاب الأطيان العشورية حق وقفها بلا استئذان من الجناب العالى

وأما الأطيان الخراجية فإن وقفها كان موقوفا على ترخيص منه ودام هذا التقسيم إلى

ســـنة ١٨٩٦

ففى ٢٦ ربيع الثانى سنة ١٣١٤ (٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦) صدر قانون بازالة تلك الفروق وتساوت الأطيان الخراجية والأطيان العشورية وأصبح الكل محلا للملك التام (مادة ٦)

مبحث — فى الثمار

الثمرة غير المنفصلة تعتبر ثابتة

فاذا حجز عليها اعتبرت منقولة

المبحث الثانى — فى الأموال المنقولة

ويعبر عنها بأمتعة وأشياء منقولة وأموال منقولة ومنقول (مادة ٣)

وهى الأجرام التى يمكن انتقالها من مكان إلى آخر سواء انتقلت بنفسها كالحيوان أو بمجهود الانسان كالجماد

والمنقول يصدق على الأشياء المادية كالحيوان والنبات وما اتخذ من الملاجئ والرواتب الوقتية غير المثبتة فى الأرض والأدوات المعدة للبناء والثمرة المنفصلة عن الأرض والأشجار بعد قلعها والمعادن بعد استخراجها والأحجار بعد قطعها وأثاث المنازل إلا ما ألصق منه بالحائط كالصور والتماثيل والمرايا والأبواب والشبابيك

وعلى الحلى والنقد والأوراق المالية والعربات وغير ذلك

ويصدق أيضا على غير الماديات كبعض الحقوق مثل الديون المالية ولو كانت مكفولة برهن وعلى بعض التعهدات كالتعهد بعمل شئ أو بالامتناع عنه

الفرع الثانى — فى الأموال المادية والأموال المعنوية

المال المادى هو الأعيان وهى التى تقع تحت الحواس كالأرض والبناء والشجر والدواب والطعام وما يلبس

المال المعنوى هو الذى لا يقع تحت الحواس ولا يتناوله الانسان إلا بالتصور

وجميع الحقوق أموال معنوية كحق الملك وحق الانتفاع وحق الانتخاب وحرمة البيت والحرية

الفرع الثالث — فى الأموال المثلية والأموال القيمية

المال المثلى هو الذى له نظير من جنسه مقارب له فى القيمة كالحنطة والشعير وكل موزون ومكيل أو مذروع وكل ما يصح أن يقوم بعضه مقام بعض

المال القيمى هو الذى له قيمة خاصة ولا يقوم غيره مقامه ولو كان من نوعه كالفرس والثور

الفرع الرابع ـــ فى الأموال التى لاينتفع بها إلا باستهلاكها والأموال التى لاتهلك بمجرد الاستعمال

مثل الأولى : المأكولات والمشروبات والبذور

ومثال الثانية : الارض والدار والغراث

الفرع الخامس ـــ فى الأموال المنقسمة وغير المنقسمة

المال المنقسم هو الذى يقبل القسمة إلى أجزاء مع بقاء المنفعة المقصودة منه كالأرض والحنطـــة

والمـــال غير المنقسم هو الذى لا يقبل هـــذه القسمة كالفرس والثوب وحق المرور وحق السكنى

وفائدة هذه التقاسيم كبيرة جداً فى القانون من حيث الحقوق التى تترتب على الأموال كالرهن وحقوق الانتفاع والارتفاق والعارية والوديعـــة ومن حيث طرق الحجز والبيع القهرى واختصاص المحاكم ومن حيث التعهدات وانتقال الملكية من يد إلى يد وغير ذلك كثير مما سيأتى بيانه فى مواضعه

الفصـــــل الثـــانى

فى تقسيم الأموال بالنسبة لتعلق الحقوق بها

تنقسم الأموال من جهة تعلق الحقوق بها الى مباحة ومملوكة وموقوفة

الفرع الأول ـــ فى الأموال المباحة

الأموال المباحة هى التى لامالك لها وتصير مملوكة لأول مستولٍ عليها وهى إما عقار أو منقول

إلا أن الأموال العقارية التى لامالك لها أصبحت الآن كلها فى يد الحكومة ولا يجوز لأحد أن يستولى عليها بقصد امتلاكها إلا بإذن من الحكومة طبقاً للشروط المقررة لذلك فى اللوائح (مادة ٨) (راجع ص ٦٩)

الفرع الثانى ـــ فى الأموال المملوكة

الأموال المملوكة هى التى لهـــا مالك أياً كان

وتقول المـــادة (٦) إن الملك هو العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام بما فى ذلك الأطيان الخراجية وهو نص قاصر لما فيه من إخراج المنقول عن الملك مع كونه يشمله قطعاً والظاهر أن القانون تابع العرف فى تسمية العقار ملكا

الفرع الثالث — فى الأموال الموقوفة

وأما الأموال الموقوفة فهى المرصدة على جهة بر لاتنقطع ويصح أن تكون منفعتها لأشخاص بشروط معلومة حسب المقرر باللوائح فى شأن ذلك (مادة ٧)

الفصل الثالث
فى تقسيم الأموال بالنسبة لمالكها

تنقسم الأموال بالنسبة لمالكها إلى خاصة وعامة وذات شبهين

الفرع الأول — فى الأموال الخاصة

الأموال الخاصة هى المملوكة للأشخاص ولهم فيها حق التصرف التام .

ومن هذا النوع أملاك الحكومة الحرة التى يجوز لها التصرف فيها وهى العقارات والمنقولات غير المخصصة للمنافع العمومية

الفرع الثانى — فى الأموال العامة

الأموال العامة هى :

العقارات والمنقولات المخصصة للمنافع العمومية وهى فى يد الحكومة بصفتها حارسة عليها لابصفتها مالكة لها .

وأخص صفات هذه الأموال أنه لايجوز ملكها بوضع اليد ولا حجزها ولا بيعها ولا التصرف فيها ولا استعمالها فى غير المنفعة العامة التى جعلت لها

وتلك الأموال هى (مادة ٩) :

أولا — الطرق والشوارع والقناطر والحارات التى ليست ملكا لبعض أفراد الناس

ثانيا — السكك الحديدية وخطوط التلغرافات الميرية

ثالثا — الحصون والقلاع والخنادق والأسوار والأراضى الداخلة فى مناطق الاستحكامات ولو رخصت الحكومة فى الانتفاع بها لمنفعة عمومية أو خصوصية

رابعا — الشواطئ والأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها مياهه وكذا الموانى والمراسى والموارد والأرصفة والأحواض والبرك والمستنقعات المالحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميرى

خامسا ــ الأنهار والنهيرات التى يمكن الملاحة فيها والترع التى على الحكومة إجراء مايلزم لحفظها بمصاريف من طرفها

سادسا ــ الموانى والمراسى والأرصفة والأراضى والمبانى اللازمة للانتفاع بالأنهار والنهيرات والترع المذكورة ولمرورها

سابعا ــ الجوامع وجميع محال الأوقاف الخيرية وجميع المحال المخصصة للتعليم العام أو للبر والإحسان إذا كانت الحكومة قائمة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لصيانتها

ثامنا ــ المبانى الميرية مثل القصور والمنازل وملحقات ذلك مما هو مخصص لإقامة ولى الامر والنظارات والمحافظات والمديريات وبالجملة كل عقار معد لمصلحة عمومية

تاسعا ــ دور الصناعة والثكنات والأسلحة والمهمات الحربية والمراكب الحربية ومراكب النقل أو البريد

عاشرا ــ الدفترخانات العمومية ودور العاديات والمكاتب الميرية والآثار العربية وكل ماهو مملوك للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء الأخرى التاريخية

حادى عشر ــ نقود الميرى

ثانى عشر ــ جميع الأموال المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية سواء كان التخصيص بالفعل أو بمقتضى القانون

ويلحق بالأملاك العمومية :

حقوق الاستطراق المتعلقة بالشوارع أو مجارى المياه أو الأشغال العمومية أو الأعمال الحربية وبالإجمال جميع ماتقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها الأملاك المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة بذلك (مادة ١٠)

الفــــرع الثالث ــــ فى الأموال ذات الشبهين

الأموال ذات الشبهين هى الوقف

فهو يشـــبه الأموال المخصصة للمنفعة العمومية من جهة كونه غير مملوك لأحد ومن جهة عدم جواز التصرف فيه ويشـــبه الملك الخاص من جهة جواز ملكيته بمضى زمن معيّن (٣٣ سنة) وجواز حجزه وبيعه لمن كان له حق عينى ثابت عليـــه من طريقة القانونى قبل حصوله

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى العقود والتعهدات والتصرفات

الباب الثانى

فيما يترتب على الأموال من الحقوق

الحقوق التى تترتب على الأموال هى (مادة ٥) :

أولا ـ حق الملكية

ثانيا ـ حق الانتفاع

ثالثا ـ حق الارتفاق

رابعا ـ حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقارات مدينه

ويدخل فى حق الانتفاع حق الاستعمال وحق السكنى

ويدخل فى الرهن الغاروقة ورهن المنقول والرهن العقارى

ويدخل فى الامتياز حق الحبس

وكل حق يعطى صفة متعلقه فإن كان محل الحق عقارا سمى الحق عقاريا وان كان منقولا سمى حقاً منقولاً

وكلا الحقين نوعان : عينى وشخصى

فالحق العينى هو الذى لايحتاج صاحبه فى التمتع به والتصرف فيـــه إلى غيره كحق الملكيـــة

والحق الشخصى هو الذى لايتمتع به صاحبه إلا بواسطة غيره لافرق بين أن يكون محله عقارًا أو منقولاً أو فعلا أو امتناعا عن فعل

مثال ذلك حق الانتفاع فى العقار هو حق عقارى لكنه شخصى أعنى أن المنتفع لايمكنه أن يضع يده على العقار ليتمتع به إلا اذا استلمه ولا يستلمه إلا بواسطة البائع فإن كان المبيع منقولا فالحق منقول وشخصى

والحقوق الشخصية كلها ثمرة التعهدات

والفرق بين الحق العينى العقارى أو المنقول والحق الشخصى بنوعيه أيضـا أن صاحب الحق الاول يتبع محله أنى وجد ويتقاضاه من كل إنسان وأما الحق الشخصى فلا يتقاضاه صاحبه إلا من شخص معين هو المتعهد به

وهناك فرق بين الحق العينى العقارى والحق العينى المنقول من جهة تتبع المملوك فى يد غير من ملكه وهو أن المنقول لا يحتمل حق التتبع فى يد الأجنبى إلا فى حالتى السرقة والضياع أما فى غيرهما فيد الأجنبى مانعة من التتبع عملا بقاعدة (الحيازة سند الملكية) وسيأتى بيانه (راجع وضع اليد ص ١١٥)

الفصـــــل الأول
فى الملكية

الملكية حق المالك فى الانتفاع بالمال المملوك والتصرف فيه بطريقة مطلقة (مادة ١١)

ويفهم من هذا التعريف أن لكل مالك أن ينتفع أو يتصرف فى ملكه كما يشاء من غير أن يعارض فى أى نوع من أنواع الانتفاع أو التصرف

لكن الواقع أن حق الانتفاع وحق التصرف مقيدان بقيود شتى جاءت فى القوانين وقضت بها لوائح عدة مثل حقوق الارتفاق المبينة فى المواد ٣٣ إلى ٤٣) ووجوب الحصول على رخصة للبناء ومنع زراعة الدخان وتحديد مناطق وأبعاد لإقامة مخازن البارود أو الأشياء الأخرى المفرقعة أو القابلة للالتهاب

كذلك يحد حق المالك بحق نظيره فلا يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه أو أن ينتفع به تصرفا أو انتفاعا يضر بغيره وإلا لزمه التعويض

كل هذه قيود تحد إباحة الانتفاع بالملك والتصرف فيه

وحينئذ يحسن تعريف الملكية بأنها (حق المالك فى الانتفاع بما يملكه وفى التصرف فيه بالطرق الشرعية)

الفـــــرع الأول — فى صفات حق الملكية

أهم صفات حق الملكية ما يأتى :

١ – الملكية حق عينى بل هى أول الحقوق العينية وأهمها لأنها الأصل فيها كلها

٢ – الملكية حق دائم بمعنى أنه ليس على المالك إجراء أى عمل من الأعمال لحفظها إلا دفع الغير عن التعدى عليها

أما عدم الاستعمال فانه لا يضيعها

٣ ـ الأصل فى المال المملوك عدم انتقاله بغير حق الملك فيكفى لاثبات أن العقار حق إثبات أنه ملك ومن ادّعى لنفسه حقا على ملك غيره فعليه إقامة البرهان

٤ ـ لمالك استرداد ملكه أنى وجد وفى يد من وجد

ولا يمنعه منه إلا حق يكون ترتب عليه للغير طبقا لنصوص القانون كمضى المدة فى العقار (راجع أيضا ص ٤٢٩)

٥ ـ لا يضيع حق الاسترداد ما دام حق الملك باقيا فلو وضع إنسان يده على مال غيره أكثر من خمس عشرة سنة ولم يكتسب الملكية لعيب فى يده جاز للمالك استرداد ملكه

٦ ـ الأصل فى الملك أن يكون مستقلا أعنى أنه لمالك واحد ويجوز أن يتعدد الملاك وحينئذ يسمى الملك ملكا شائعا (راجع ص ٣٢٦)

٧ ـ يجوز أن يكون لأجزاء الشئ الواحد عدة ملاك بغير شيوع بمعنى أن كل واحد منهم يملك قسما معينا من ذلك الشئ كالدار ذات الطبقات كل طبقة لمالك مخصوص ، وهنا محل حقوق الارتفاق (راجع ص ٥٨ و ٦١)

الفـــرع الثـانى ـــ فيما يدخل فى حق الملكية

يشتمل حق الملكية ذات الشئ المملوك ومنافعه والأولى ملكية الرقبة والثانية حق الانتفاع واليد

واليد كون الشئ المملوك فى تصرف المالك فعلا أو حكما فإذا كان المال فى قبضة مالكه فعلا فهى اليد الفعلية وإذا كان فى يد غيره بإرادته فهى اليد الحكمية

فالوكيل والمستأجر ليس لهما يد على المال بل هما حائزان حيازة فعلية ولذلك إذا تعرض للمستأجر أجنبىّ فى اليد وجب عليه أن يخبر المالك ليدفع عن حقه وليس له أن يقوم مقامه فى ذلك لكن إذا كان التعرض للحيازة فالمستأجر مخاصمة المتعرض

واليد كما بيناها ملازمة للتمتع توجد بوجوده وتزول بفقده فمن مكن غيره من حق الانتفاع بملكه فقد مكنه أيضا من اليد على العقار

وهناك ملكية من نوع خاص وهى حقوق المؤلفين على مؤلفاتهم وحقوق الصناع على مصنوعاتهم

وليس المراد بالمؤلفات والمصنوعات الكتاب أو الشئ المصنوع بل الغرض ملكية الأفكار التى فى الكتاب أو الصناعة التى فى الشئ المصنوع

مثلا : إذا ألف مؤلف كتابا ونشره لايجوز لأحد أن ينتحل التأليف لنفسه ولا أن ينشر الكتاب مرة أخرى سواء كان باسمه أو باسم مؤلفه الا برضاء المؤلف

وكذا من صنع شيئا فله حق صناعته كما أراد وليس لغيره أن يبيعه بصفته مصنوعا له ولا أن يقلد صنعه

وأحكام هذه الملكية الخاصة مبينة فى القانون المخصوص بذلك (مادة ١٢) أعنى القانون الذى يوضع لذلك ولما يوضع

ولذلك نورد أحكام هذه الملكية حسبما جرى عليه القضاء فى مصر

حكمت المحاكم :

أولا ــ بعدم جواز نشر الكتب بغير رضاء مؤلفيها

ثانيا ــ بعدم جواز طبع الرسوم والصور الفوتوغرافية التى رسمها أو طبعها أو استخرجها صانع مخصوص

ثالثا ــ بعدم جواز تشخيص رواية إلا بإذن مؤلفها

رابعا ــ باستحقاق من حصل التعدى على ملكيته للتعويض سواء كان مؤلفا أو صانعا أو مخترعا أو مكتشفا أو صاحب معمل ذى علامة مخصوصة وغير ذلك

الفصل الثانى

فى حق الانتفاع

حق الانتفاع هو أن يملك الانسان التمتع بالشئ المملوك لغيره كتمتع المالك نفسه بشرط استبقاء عينه (مادة ١٣)

والتمتع يشمل الاستعمال وجنى الثمرة طبيعية كانت أو صناعية ويجوز أن يكون قاصرا على مجرد الاستعمال الشخصى أو على السكنى بحسب ما يتقرر فى سند تمليكه (مادة ١٤)

الفرع الأول — فى أنواع حق الانتفاع

حق الانتفاع نوعان : مؤبد ومؤقت

فالمؤبد لايكون بين آحاد الناس بل يكون بين الحكومة والأفراد والأصل فى ذلك كان تمييز الأطيان إلى عشورية وخراجية حيث كان الأفراد لا يملكون فى الثانية إلا حق الانتفاع وأما الرقبة فكانت للحكومة

وحق الانتفاع المؤقت يكون بين الأفراد (مادة ١٥)

ومدته هى ما يتقرر فى عقده فإذا لم تتقرر فى العقد مدة انقضى الحق بوفاة المنتفع (مادة ١٦)

الفرع الثانى — فى المنتفع وحقوقه وواجباته

المبحث الأول — فى المنتفع

لايعطى حق الانتفاع إلا لشخص أو أشخاص موجودين على قيد الحياة وقت الإعطاء (مادة ١٦)

ويجوز أن يوصى به للشخص ولورثته على التعاقب بشرط أن يؤول بعد انقراض الموصى إليهم جميعا لمحل خيرى تابع لديوان الأوقاف و بشرط أن يوصى بملك الرقبة لمالك المحل (مادة ١٧)

ويجوز أن يكون المحل الخيرى الذى يوصى له بالملك غير ديوان الأوقاف كمسجد و مدرسة أو جمعية خيرية

المبحث الثانى — فى حقوق المنتفع

لصاحب حق الانتفاع جميع حقوق المالك فيما ملك وعلى قدر ملكه فله التمتع بالشيء مباشرة أو بالواسطة كالإيجار أو الشركة أو المزارعة وغير ذلك

وله أن يرهنه بجميع أنواع الرهن و يرتب عليه حقوق ارتفاق وأن يتصرف بالبيع والبدل وغير ذلك من التصرفات الجائزة فى الملك شرعا

وله الزيادة التى تحصل من نتاج المواشى بعد أن يستعوض منها ماتفق من الأصل بآفة سماوية (مادة ٢٣)

إلا أن هذه التصرفات كلها لاتدوم إلا مدة دوام حق الانتفاع وتنقضى بانقضائه

ولا يشترط على المنتفع فى تصرفاته شئ من قبل المالك لكن إذا كان حق المنفعة معطى من ديوان الأوقاف فانه لايكون قابلا للانتقال من يد إلى أخرى إلا بمقتضى اللوائح الخاصة بالديوان المذكور (مادة ١٨)

المبحث الثالث ـــ فى واجبات المنتفع

١ ـ يجب على المنتفع أن يستعمل الشئ فيما خصص له فإن كان دارا معدة للسكنى لايجوز له أن يستعملها مصنعا

وإن كان أرضا معدة للزراعة لايجوز له أن يستعملها للبناء وهكذا (مادة ٢٠)

٢ ـ إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب حصره بالجرد وعلى المنتفع أن يقدم كفالة به

فإذا لم يقدم الكفالة وجب بيع المال المذكور وشراء أوراق ميرية بثمنه و يكون للمنتفع الحق فى أرباحها (مادة ٢١)

٣ ـ على المنتفع أن يحفظ الشئ المنتفع به وأن يصرف على صيانته من عنده ولا يكلف المالك شيئا من ذلك (مادة ٢٥)

٤ ـ عليه أن لايبنى بناء أو يغرس غراسا إلا بإذن المالك

ولا يثبت الإذن المذكور إلا كتابة

فإن لم يكن سند مكتوب فلا سبيل للإثبات إلا إذا أقر المالك أو نكل عن اليمين (مادة ٢٦)

٥ ـ عليه أو على وارثه أن يرد المال لصاحبه متى انقضت مدة الانتفاع المتفق عليها فإن كان المال من الأشياء التى تنعدم بالاستعمال وجب عليه أن يرد بدلها (مادة ٢٢)

٦ ـ المنتفع مسؤل عما يصيب المال من التلف أو الضرر الناشئين عن تقصيره تقصيرا جسيما أو خفيفا (مادة ٢٤)

الفرع الثالث — فى حقوق مملك الانتفاع وواجباته

المراد بمملك الانتفاع هو مالك الرقبة والمتمتع

ومتى رتب حق الانتفاع لغيره أصبح لايملك إلا رقبة العين

المبحث الأول — فى حقوق مالك الرقبة

لمالك الرقبة قبل المنتفع حقوق تقابل الواجبات المفروضة على هذا الأخير

فواجب حفظ الشئ يقتضى حق المالك فى طلب الصيانة

وواجب عدم التقصير يقتضى حق الضمان . وهكذا

وله حق فسخ العقد إذا أخل المنتفع بما وجب عليه

المبحث الثانى — فى واجبات مالك الرقبة

يجب على مالك الرقبة أن لا يعوق بفعله تمتع المنتفع وأن يحميه من تعدى الغير المبنى على سبب شرعى كما لو استحق المال نفسه للغير

وبالجملة فإن المالك يضمن للمنتفع ماتقتضيه طبيعة عقد الانتفاع فإن كان بيعا تتبع أحكام البيع وإن كان هبة تتبع أحكام الهبة . وهكذا

الفرع الرابع — فى زوال حق الانتفاع

يزول حق الانتفاع بأحد الأسباب الآتية (مواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩) :

أولا — انقضاء المدة المقررة له فى العقد

ثانيا — وفاة المنتفع إن لم يكن فى العقد مدة معينة

ثالثا — ترك المنتفع حقه

رابعا — هلاك المال المترتب عليه حق الانتفاع

خامسا — فسخ العقد بناء على طلب المالك عند وجود المقتضى

سادسا — عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة وحينئذ يرجع الملك التام للمالك إذا لم يكن قد ترتب عليه حق ملكية أو حق انتفاع للغير

بحث ـ فى ضمان المال المنتفع به

إذا هلك المال المترتب عليه حق الانتفاع بحادث قهرى فهلاكه على مالكه لا على المنتفع

وليس للمنتفع أن يطلب من المالك استعاضته لأنه كان مشتركا معه فى الملك هذا له الرقبة وذاك له الانتفاع وهلاك المال يوجب الضياع على الطرفين

فإن هلك المال بتقصير المنتفع كان ضامنا كما تقدم

الفصل الثالث

فى حق الارتفاق

حق الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى وأحكامه ما تقرر فى القانون وفى العقد الذى ثبت الحق بمقتضاه وعرف الجهة التى بها العقار (مادة ٣٠)

الفرع الأول ـ كيف يترتب حق الارتفاق

يترتب حق الارتفاق بنص فى القانون أو بالعقد

المبحث الأول ـ فى حقوق الارتفاق المترتبة بمقتضى القانون

١ ـ حق استعمال مياه الترع العمومية
٢ ـ حق المرور فى أرض الغير وحق المرور الشخصى
٣ ـ حق البناء على البناء
٤ ـ حق الجار فى بقاء الجدار
٥ ـ حق تحديد المسافة بين المسكنين
٦ ـ حق تحديد المسافة بين المساكن وبعض المحال

١ ـ فى حق استعمال الترع العمومية

الترع العمومية هى التى أنشأتها الحكومة والتى تنشئها (مادة ٣١)

ويجوز أن يكون الانشاء من الأفراد ثم تصير الترعة عمومية

والترع العمومية قائمة فى نظارة الأشغال وكل أهل ناحية يعرفون الترع العمومية التى عندهم

ولجميع أصحاب الأراضى التى تمر فيها ترعة عمومية حق الشرب فى مياهها ولا يجب لتقرير هذا الحق عقد أو رخصة بل هو يثبت بمجرد وجود الماء فى الترعة وإنما يجب أن يلاحظ فى الاستعمال ماتقتضيه اللوائح المقررة لذلك

ومن أحكامها أنه لايجوز وضع آلات ترفع المياه من الترع إلى الأراضى إلا بعد الحصول على رخصة من نظارة الأشغال ونظارة الأشغال تلاحظ عند إعطاء الرخصة نسبة الأراضى اللازم ريها إلى قوة الآلة المطلوب الترخيص بها

وفى زمن الصيف حيث يقل الماء تتقرر المناوبات فلا يجوز لأحد أن يروى زرعه إلا فى الدور المخصص له

وكل ذلك مفصل فى لوائح الرى

وأما الترع الخصوصية فهى وماؤها ملك خاص لأصحابها وليس لأحد أن يستعمل مياهها فى رى أرضه إلا بالاتفاق (مادة ٣٢)

٢ — فى حق المرور

حق المرور نوعان :

حق المرور الشخصى ويقال له حق المرور

حق مرور مياه الرى ويسمى حق الشرب

(١) فى حق المرور

حق المرور يكون لصاحب الارض المحاطة بملك غيره بحيث يتعذر عليه الوصول إلى الطريق العام إلا إذا سلك من أرض ذلك الغير

ولذلك يسمى هذا الحق أيضا (حق السلوك)

ويقتصر فيه على قدر حاجة المرور مع دفع التعويض (مادة ٤٣)

ويشمل حق المرور فى الأراضى الزراعية حق مرور مالك الأرض المحصورة ومرور أهل الزراعة من خدم وعمال وكذا مرور الماشية ونقل الحاصلات والآلات والمهمات

وأما فى غير الأرض الزراعية فيشمل حق مرور الجار وأتباعه وأمتعته وماشيته التى معه فى الدار أو التى يستدعيها

(ب) فى حق الشرب

هو حق مالك الأرض البعيدة عن مستق الماء فى حفر مسقاة فى أرض جاره ليجلب المياه إلى أرضه

مثلا : لزيد أرض على الترعة أو النيل مباشرة وبعده أرض بكر . يجب على زيد أن يعطى بكرا جزءا من أرضه ليتخذه ممرا للمياه اللازمة للزراعة

فإذا اتفقا على موضع الممر ومقدار الأرض اللازمة له وقيمة التعويض الواجب دفعه فهو العاقد

وإن اختلفا أو امتنع مالك الأرض القريبة عن إعطاء الممر قضت به الحاكم بعد تقديرها تقدم ذكره بمعرفة أهل الخبرة (مادة ٣٣ فقرة ١)

وقد تضمنت لائحة الرى الأحكام الخاصة بحق الشرب وجعلت الاختصاص فى ذلك لنظارة الأشغال فتعطل بصدورها تطبيق نص المادة المذكورة

تنبيه — فى حق المسيل

كما أنه يجب أن تسق الأراضى لإحياء زرعها دائما يجب أيضا صرف المياه غير اللازمة عنها حتى لا تفسد أو لا يتلف زرعها

ويتبادر إلى الذهن أن الحقين متساويان ولكن القانون منع حق المسيل فلا يجوز لأحد أن يجبر صاحب الأرض التى هى أسفل أرضه على قبول مياهه بأرضه (مادة ٣٣ فقرة ٢)

ويرى من نص المادة أن هذا المنع خاص بمياه الأراضى التى (تسقى بآلات أو من الترع) فإن كانت السقيا بغير إحدى هاتين الوسيلتين كأن كانت من النيل مباشرة جاز إجبار أصحاب الأرض الدنيا على قبول مياه الأرض العليا . والواقع أن المنع مطلق

ولذلك سببان : الأول أن مياه الصرف رديئة تضر بالأراضى التى تنزل فيها . والثانى وهو نتيجة الأول أنه يجب على الزراع أن لا يفرطوا فى استعمال المياه فلا يأخذون منها إلا بقدر حاجة أراضيهم فإذا زادوا عن الحاجة فلا حق لهم فى إضرار الغير بتلك الزيادة

نعم قد يضطرون إلى صرف مياه لم تكن زائدة عن حاجة الأرض كالتى تستعمل للإصلاح ولا سيما لإصلاح الأراضى الملحة غير أن طلب النفع لايساوى طلب منع الضرر فهو لايفضله من باب أولى والذى يريد إصلاح أرضه طامع فى ربح وصاحب الأرض الدنيا منتفع بأرضه وصرف المياه فيها مضرّ به ومنع الضرر مقدم على طلب المنفعة

وما قيل فى الأراضى يقال فى المنازل

فلم يبق إلا أن تصرف المياه الزائدة فى المكان نفسه أو فى الطريق العام إن كانت من المطر أو مياها منزلية بشرط مراعاة اللوائح الخاصة بذلك (مادة ٤٢)

أما مياه الرشح الطبيعى التى تأتى من الرى فليس لأحد حق الشكوى منها أعنى أنه ليس لصاحب الأرض السفلى أو المجاورة حق قبل جاره فى تعويض الأضرار التى تنجم عنها وما عليه إلا أن يتقيها باتخاذ جداول فى أرضه تقيا من الرشح

هذا كله إذا لم يكن هناك مسيل عام تصرف فيه المياه الزائدة عن حاجة الأراضى فإن كان بالجهة مسيل عام جاز لصاحب الأرض البعيدة عنه أن يتخذ لمياه أرضه مسيلا فى أرض من دونه باتفاقه مع هذا الأخير أو بقرار من نظارة الأشغال كما فى الشرب

٣ — فى حق البناء على البناء

المفروض أن الدار طبقات بعضها فوق بعض وأن لكل طبقة مالكا غير مالك الأخرى والقاعدة أن لكل إنسان أن يتمتع بملكه كما يشاء ولكنا قدمنا أن هذا التمتع محدود بحقوق الغير ولذلك رتب القانون على أصحاب العُلُو واجبات يؤدونها فى منفعة أصحاب السفل كما رتب على مالك السفل حقوقا لمالك العلو

(١) فى حق العُلُوّ على السفل

يجب على مالك السفل أن يحافظ على بنائه محافظة تمنع من سقوط العلو أو الإضرار به

فعلى صاحب السفل :

١ — أن يجرى العمارات اللازمة فى بنائه لمنع سقوط العُلُوّ (مادة ٣٤ فقرة ١)

فإذا امتنع جاز الحكم عليه ببيع ملكه لمن يقوم بهذا الواجب . ويجوز للمحكمة أن تأمر بإجراء الأعمال اللازمة على نفقة المالك ويجوز أن يطلب صاحب العُلُوّ من المحكمة الجزئية أن تأمر بإجراء تلك الأعمال (مادة ٣٤ فقرة ٢)

٢ ـ أن يصون السقف والأخشاب الحاملة له لأنها تعتبر ملكا له قانونا وصيانة السلم من أوله إلى الموضع الذى ينتهى إليه انتفاعه به (مادة ٣٦)

٣ ـ إذا سقط البناء بقوة قهرية وجب على صاحب السفل تجديد بنائه فان امتنع وجب[1] بيع ملكه (مادة ٣٧)

ولا يجوز فى هذه الحالة أن يقضى بإقامة البناء على نفقته إذ قد تزيد النفقة على قيمة العقار فينبغى ترك ذلك للمالك

(ب) فى حق السُّفل على العُلُو

كما يجب على صاحب السفل أن يحافظ على العُلُو يجب على مالك العُلُو أن يحافظ على السُّفل فعليه (مادتى ٣٥ و ٣٦) :

١ ـ أن لا يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل

٢ ـ أن يصون أرضية طبقته من بلاط وألواح

٣ ـ أن يصون السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب السفل

ويجب أن يضاف إلى ما ذكر :

٤ ـ أن لا يثقل السقف بأثاث أو بضائع أو مهمات لا تحتملها أخشابه .

٥ ـ أن لا يغسل أرضية طبقته بمياه تؤثر فيها وقد يكون للدار عرصة ينتفع بها الجميع وحينئذ يكون حفظها عليهم جميعا ويتحمل كل واحد قسما من عوائد الملك بحسب الطبقة التى يملكها

وعلى الجملة كل منفعة مشتركة فى الدار تعتبر ملكا لساكنيها وعلى كل واحد نصيب من نفقة صيانتها

فإذا أبى الوفاء بما وجب عليه أكرهته الحاكم

٤ ـ فى حق الجار فى بناء الجدار

قد يكون من الحسن أن ينعزل كل جار عن جاره فى داره ولا تكون العزلة إلا إذا حُدّ ملك كل واحد بحدود تقيه عادة من تعدّى جاره عليه أو من وجود حيواناته المنزلية داخل الحد

(١) تقول المادة (جاز) لكن ليس هذا الجواز بمقبول إلا رضا المالك والمفروض أنه ممتنع فلم يبق إلا البيع

والحدود قائمة بطبيعة الحال بين المبانى المتلاصقة غير أن منها ماهو منفصل بفضاء أو بستان مثلا وهذه هى الحالة التى يحسن فيها إحاطة الملك بسياج

والأمر فى ذلك موكول إلى صاحب الفضاء أو البستان إن شاء أحاط ملكه وإن شاء تركه مطلقا

ولا يخلو الحال من أحد أمرين فإما أن يكون لأحد الجارين حائط فاصل وساتر للجار أو لا

فإن لم يكن حائط ولا سياج فلا حق لأحد قبل جاره فى اقتضاء إقامة شئ مما ذكر

قالت المادة (٣٨) : «ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه»

فإن كان لأحدهما جدار أو سياج فهو له وليس لغيره حق ارتفاق عليه

وليس لجاره أن يطلب ملكية جزء منه ولا من الأرض القائم عليها (مادة ٣٨)

لكن له الحق فى منع صاحب الحائط أو السياج من هدمه لغير باعث قوى إن كان فى ذلك ضرر له (مادة ٣٨)

والغالب وجود الضرر إذ الجار ينكشف برفع السياج بعد أن كان مستترا به والقاضى هو الذى يقدر الباعث القوى إذا اختلفا

٥ — فى حق تحديد المسافة بين المسكنين

من القيود التى تحد تمتع كل مالك بملكه منع الجار من أن يكون له على جاره مطل مقابل على خط مستقيم بمسافة أقل من متر واحد (مادة ٣٩)

فإذا كانت المسافة مترا جاز لمالكها أن يتخذ لداره مطلات تقابل دار جاره على خط مستقيم

ولا يكتفى بالمسافة من جانب أحد الجارين ليكون للآخر حق فتح مطلات فى جداره عليها بل لا بد له أيضا من ترك مثل المسافة المذكورة فتكون المسافة مترين من كل جانب نصفها

وليلاحظ أن الممنوع هو المطلات التى ينفذ منها النظر مستقيما إلى الجار أما التى لاتسمح بذلك فغير ممنوعة كما لو كانت المطلة مائلة إلى الأعلى أو فى أحد جوانب البيت

وتقاس المسافة المطلوبة من ظهر الحائط الذى يفتح فيه المطل

ويلحق بالمطلات الأطناف فإنه لا يجوز اتخاذها إلا بمراعاة مسافة متر أيضا وتقاس هذه المسافة من ظاهر الطنف لامن ظاهر الحائط (مادة ٤٠)

ولا فرق بين أن تكون الأطناف مكشوفة أو محاطة بشباك من الخشب أو الحديد

٦ ـ فى المسافة بين المساكن وبعض المحال

من المبانى مايتخذ معملا أو بئرا لوضع آلة بخارية أو مخزنا لبضائع أو مواد مفرقعة أو مضرة بالجيران وبسبب الخطر أو الضرر الذى يحتمل وقوعه للجيران من اتخاذ مثل هذه المحال بين بيوتهم أوجب القانون على أصحابها مراعاة مسافة مخصوصة بينها و بين أماكن السكنى (مادة ٤١)

وهناك لائحة تسمى لائحة المحال الخطرة أو المضرة بالصحة أو المقلقة لراحة السكان تكفلت ببيان أنواع هذه المحال والمسافة التى تجب مراعاتها وشروط إقامتها وغير ذلك من الاحتياطات الواجب اتخاذها (لائحة ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ نمرة ١٣)

الباب الثالث

فى أسباب الملكية والحقوق العينية

تكتسب الملكية بأحد الأسباب الآتية (مادة ٤٤) :

١ ـ الاستيلاء
٢ ـ إضافة الملحقات للمالك (الالتصاق)
٣ ـ الميراث والوصية
٤ ـ الهبة
٥ ـ الشفعة
٦ ـ مضى المدة الطويلة
٧ ـ العقود [1]

الفصل الأول

فى الاستيلاء [2]

الاستيلاء هو حيازة مال مباح بقصد امتلاكه

قالت المادة (٥٦) : «الأموال التى ليس لها مالك تعتبر ملكا لأول واضع يد عليها»

وفى كتب الشرع (أول يد على المباح تملكه)

والمال منقول أو عقار كما تقدم

(١) لم يذكر القانون فى العقود إلا ثلاث مواد قاصرة فى موضوعها ونصها :

المادة (٤٥) ـ تنتقل الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك متى كان المال ملكا للمالك

المادة (٤٦) ـ ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكا لمن سلمها إنما يشترط فى ذلك أن يكون المستلم معتقدا صحة الملك فى التسلم ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقى فى طلب استردادها فى حالة الضياع أو السرقة

المادة (٤٧) ـ أما الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون

والذى يقرأ العنوان يتوقع أن يأتى شرح له أو على الأقل بيان موجز للقواعد العامة الخاصة بالموضوع وهو لايجد شيأ من ذلك حتى ولا تعريف العقد وتكاد أحكام متفرقة وإشارات لصور بعيدة عن ذهن القارئ الذى لم يطلع على مفصلاتها ومن الأخص ما جاءت به المادة الثالثة المتعلقة بحقوق الغير وكأن الواضع حاول حصر مادة التعهدات والعقود وهى كل القانون المدنى فى ثلاث مواد فاستعصت عليه اللغة وجاء بيانه غير بيان

من أجل ذلك اكتفينا بإيراد نص المواد وأرجأنا شرحها إلى كتاب التعهدات [illegible]

(٢) سماه القانون وضع اليد ويجىء هذا التركيب فى النصوص لبيان مختلف فتارة يقصد به اليد الشرعية التى تؤدى إلى الملكية بمضى الزمن وتارة يراد منه الحيازة العارضة وتارة يطلق على قبض المنقول واستعمل هنا للدلالة على الاستيلاء على المال المباح لهذا عدلنا عن ذلك التركيب المشترك واستعملنا لفظا هو أحكم فى المعنى المراد

الفرع الأول – فى الاستيلاء على المنقول

يشترط فى تملك المنقول بالاستيلاء أمران :

الأول – أن يكون غرض المستولى تملك الشئ فان لم يكن من نيته ذلك فلا يملك طبعا

الثانى – أن لا يكون للشئ مالك

والأشياء التى تملك على هذا الوجه نوعان :

الأول – الأشياء التى كان لها صاحب ثم تركها وتسميها الأشياء المهملة

الثانى – الأشياء التى لم تدخل فى ملك أحد قبل الاستيلاء عليها

المبحث الأول – فى المنقولات المهملة

العادة أن المالك لا يرمى بماله المنقول إلا إذا بلى أو أصبح فى نظره غير صالح للانتفاع به والواقع أن الأشياء التى من هذا القبيل تكون غالبا تافهة كحذاء مقطوع وثوب بال وعصا مكسورة وغير ذلك مما يرمى فى الطرقات

وأما الأشياء ذات القيمة فانها إذا وجدت ملقاة فى الطريق تكون ضائعة ويجب رد الضائع إلى صاحبه

وعلى ذلك تنقسم الأشياء المهملة إلى ما لا يجوز امتلاكه بالاستيلاء وما يجوز فيه ذلك

١ – فى الأشياء المهملة التى لا يجوز امتلاكها

يشمل هذا النوع الأشياء الآتى ذكرها :

١ – الأشياء الضائعة

٢ – الأشياء المسروقة

٣ – الأشياء التى يطرحها المجنون أو السكران أو الصغير .

٤ – الأشياء التى توجد فى عربات السكك الحديدية والمراكب والسفن والعربات والمحال العمومية كالقهاوى والمتنزهات

٥ – الأسلحة والآلات التى استعملت فى ارتكاب جناية أو جنحة

كل هذه الأشياء لا يجوز أن تملك بالاستيلاء عليها ولمن هى له أن يستردها بعد أن يثبت أنها ملكه

وقد صدر قانون يختص بالأشياء الضائعة تاريخه ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ سار على الأجانب والوطنيين تقررت فيه الأحكام الآتية :

١ - كل من وجد حيوانا أو شيئا ضائعا أو مفقودا وجب عليه رده لصاحبه

٢ - إذا لم يرده لصاحبه فى الحال إن كان غير موجود أو غير معروف وجب على من وجد الشئ أن يسلمه إلى رجال الضبط أو يخبرهم عنه

فإن كان فى قرية يكون الإيداع أو الإخبار إلى العمدة فى ظرف ثمانية أيام على الأكثر

٣ - إذا لم يفعل من وجد الشئ أحد الأمرين جاز الحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش

٤ - فإذا كان عدم الإيداع أو الإخبار نتيجة نية الموجد فى امتلاك الشئ أو إخفائه جاز اعتباره سارقا ، وقانون المتشردين يعتبر سارقا كل شخص وجدت معه أمتعة غير لائقة به من جهة جسامة قيمتها أو نوعها إذا لم يثبت أنه أخذها من مصدر شرعى

٥ - الأشياء التى تسلم إلى رجال الضبط كما تقدم تبقى محفوظة زمنا ثم تباع

فإن كانت مما لا يخشى عليه التلف تحفظ سنة كالأثاثات والأشياء الصغيرة ثم تباع

وإن كانت مما يخشى عليه أو مما يقتضى المصرف الكثير كالحيوان تحفظ عشرة أيام ثم تباع

٦ - ويعطى عشر الثمن لمن وجدها تشجيعا للناس على رد الأمانات إلى أهلها

والباقى يودع بالخزينة ثلاث سنين

فإذا لم يطلبه صاحب الشئ صار ملكا للميرى

٧ - لصاحب الشئ أن يسترده قبل بيعه

ويجب عليه أن يدفع عشر قيمته لمن وجده بحسب ما تقدره جهة الإدارة

٢ - فى الحيوانات السارية

يحدث كثيرا أن تشرد الحيوانات فتبعد عن محالها المعتادة ومثلها لا يعد ضائعا ولا ضالا فمن وقفها وهى فى شرودها كالخيل إذا نفرت من الاسطبل والماشية إذا خرجت من الحظائر وتمشت بعيدا عن مرابطها لا يكون له حق فى المكافأة على ذلك إلا إذا أعطاه صاحبها مكافأة من نفسه

وكذلك لا يكافأ الشخص الذى يجد شيئا يعرف صاحبه ولا يرده إليه فى الحال لأن رد الضائع إلى صاحبه من الواجبات

وبعض الحيوانات تبعد جدا عن منازلها ومع ذلك لا تعتبر ضائعة إذا كان من عادتها الرجوع إلى بيوتها كالحمام

المبحث الثانى ــ فى الأشياء التى لم تملك من قبل

١ ــ الأسماك والطيور

صيد البر والبحر مباح للناس فمن صاد سمكا أو طيرا ملكه وإنما يجب أن لا يكون السمك فى بركة مملوكة لأنه هو أيضا يكون ملكا

وكذا الطير إذا عرف أنه مملوك كالحمام وهذا أمر عسير إلا اذا كان الصيد بجوار البلد أو على مقربة من الابراج

وللحكومة وضع لوائح خاصة بصيد البر أو البحر يجب على الكافة اتباع مادون فيها (مادة ٥٩)

ويلحق بهذه الأشياء ما يأتى :

٢ ــ الكنوز

الكنوز مادفن فى بطن الأرض من المال ولا يعرف له صاحب وهى اللقايا وهى ملك صاحب الأرض (مادة ٥٨) وإن عثر عليها غيره

فإذا وجد الكنز فى بيت أو أرض غير مملوكة فهو لمن وجده مع حفظ حق المالك الحقيقى إذا ظهر

أما المعادن بجميع أنواعها وبقايا المبانى التى حجبها التراب رويدا رويدا فلا تعد كنوزا ولا يجوز لمن اكتشفها أن يمتلكها فإن كانت فى أرض خاصة فهى لمالكها وإن كانت فى أرض عامة فهى للحكومة

ويجوز للمكتشف أن يستخرجها بالاتفاق مع المالك

٣ ــ العاديات

العاديات هى الأمتعة القديمة المدفونة فى بطن الأرض بتقادم العهد عليها من وجدها اتفاقا فهى له

ومن أراد البحث عنها وجب عليه الحصول على رخصة من مدير مصلحة العاديات وما يجده يكون مناصفة بينه وبين المصلحة

ومن حفر باحثا عنها بغير رخصة فهو معاقب

وللذلك لائحة صدرت بتاريخ ١٢ يونيه سنة ١٩١٢ (قانون نمرة ١٤)

الفرع الثانى — فى الاستيلاء على العقار

تملك العقار بالاستيلاء عليه نادر جدا إن لم يكن متعذرا فى مصر لأنه لا يوجد عقار بدون مالك ولا سيما بعد ما علمنا أن جميع الأراضى التى لا مالك لها مملوكة للميرى (راجع ص ٤٨)

وعليه لا يتصور تملك العقار بالاستيلاء إلا إذا وجد مالك سئم الملك وقرر رسميا أنه تركه ولم يملكه أحدا سواه(١)

إلا أن هناك نوعا من تملك العقار بالاستيلاء عليه مقيدا بشروط خاصة وهو المذكور فى المادة (٥٧) ونصها :

« أما الاراضى الغير المزروعة المملوكة شرعا للميرى فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن الحكومة ويكون أخذها بصفة أبعادية تطبيقا للوائح إنما كل من زرع أرضا من الأراضى المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها غراسا يصير مالكا لتلك الارض ملكا تاما لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها »

ولما كان استعمال الحق الموضح فى هذه المادة قد أصبح معطلا تقريبا فإنا نقتصر على ذكر مشتملاتها :

القاعدة التى تؤخذ من هذه المادة أن كل أرض لا زرع ولا بناء فيها وليس لها مالك مملوكة للميرى

ولا يجوز لأحد أن يضع يده على أرض زراعيـة إلا بصفة أبعادية أعنى أنه يأخذها من الحكومة لأجل زراعتها ودفع أموالها

ويستثنى من ذلك :

الأرض التى زرعت بالفعل أو بنى عليها أو غرس فيها غرس أى أشجار فانها تصير ملكا لمن زرعها أو بناها أو غرسها

ولكن ملكه لا يثبت إلا بعد خمس عشرة سنة لأنه إذا تركها خمس سنين بدون استعمال فى أثناء الخمس عشرة سنة المذكورة سقط حقه

وتحسب مدة الخمس عشرة سنة من تاريخ الاستيلاء أعنى الزراعة أو البناء أو الغرس ومعلوم أن ذلك أصبح قريبـا من المستحيل لأن الناس لا يتركون بعضهم بعضا أحرارا فى إجراء شئ مما ذكر

(١) هذا إذا لم يدخل المال فى ملك الحكومة قبل خروج المتنازل من هذا الكتاب

والحكومة لاتعترف بهذا الفعل وصارت العادة هى اعتبار مثل هذه الأعمال تعديا على ملك الغير أى الميرى فلا الناس يقدمون عليها ولا الحكومة ترضى بها ولا القضاء يساعد على مخالفة ما اصطلح عليه

الفصـــــل الثانى

فى الالتصاق وما فى حكمه (١)

كل ما التصق بالملك فهو مملوك لصاحبه

فالالتصاق سبب من الأسباب التى يتملك بها صاحب العقار مااتحد به اتحادا يتعذر معه فصله منه بغير تلف

مثال ذلك طمى البحر يلتصق بالعقار فيملكه صاحبه

والالتصاق ثلاثة أنواع :

الأول ـ التصاق العقار بالعقار

الثانى ـ التصاق المنقول بالعقار

الثالث ـ التصاق المنقول بالمنقول

وهو إما أن يكون طبيعيا وإما أن يكون بفعل فاعل

فالطبيعى منه لايكون الا عقاريا

الفرع الأول ــ فى الالتصاق الطبيعى

الالتصاق الطبيعى هو الذى يحدث بالتدريج شيئا فشيئا مضافا إلى الملك الأصلى وتحدث الزيادة بطمى النهر أو بطمى البحر

المبحث الأول ــ فى طمى النهر والبحيرات

زيادة طمى النهر الملتصقة بالعقار تكون ملكا لصاحبه (مادة ٦٠)

يشترط فى تملك زيادة الأرض بطمى النهر :

أولا ـ أن تكون الزيادة ملتصقة بالأصل فاذا كانت منفصلة عنه فلا تملك لصاحبه وإن كانت محاذية لملكه

(١) هـذا السبب من أسباب الملكية هو الذى سماه القانون إضافة الملحقات للملك وهو تسمية لاتطابق الحقيقة إن لم تخالفها وقد اعتضنا عنها بالالتصاق لوروده فى المعنى المقصود تماما (الفحص جزء ٢ ، ص ٧٦)

وتعتبر الزيادة منفصلة إذا كان الماء لايزال يجرى بينها وبين الأصل كما هو الحال فى الجزر أو إذا كان بينها وبينه طريق عمومى كجسر النيل أو السكة الزراعية وإذا كان الذى أوجد الطريق هو مالك الأرض فلا يعد فاصلا ولو استعمله الناس واعتادوه مادام باقيا فى ملك صاحبه وكذلك إذا كان للأرض سياج ولو من بناء كالرصيف لايعتبر فاصلا ومن قبيل طمى النهر طمى البحيرات أى الارتفاع الذى يحدث فى أرض البحيرة من الطمى وملكيته آكد لصاحب البحيرة لأنها له سواء ارتفعت أرضها أو انخفضت

ثانيا — أن تكون الزيادة طبيعية أعنى أنها حادثة بدون فعل الإنسان

فإذا وضع مالك إزاء ملكه أخشابا فى النهر أو حجارة أو أحطابا فحصل الطمى عليها والتصق بالعقار لايملكه الواضع لأنه تعدى على مجرى النهر وذلك ممنوع لكن إذا لم يقصد من عمله التعدى على مجرى النهر بأن اتخذ رأسا من الحجر فى النيل لاتقاء ضرر المياه بأرضه وكان ذلك بترخيص من نظارة الأشغال وترتب على هذا العمل زيادة فى أرضه قبل الرأس أو بعدها فالزيادة له

وكذلك تكون الزيادة للمالك إذا كان غيره هو الذى عمل العمل لمصلحة نفسه

المبحث الثانى — فى طمى البحر الملح

طمى البحر الملح وكذا الأراضى التى ينكشف عنها تكون ملكا للحكومة ولو كان على ساحله ملك للأفراد (مادة ٦٢)

والسبب فى ذلك أن البحر مملوك للحكومة فحكمه حكم البحيرات العمومية التى يغيض ماؤها وتنكشف أرضها

ولذلك لا يجوز لأحد أن يتعدى على أرض البحر إلا لإعادة حدود ملكه إلى ما كانت عليه (مادة ٦٣)

المبحث الثالث — فى حكم الالتصاق الطبيعى

يترتب على التملك بالالتصاق ما يأتى :

١ — إذا كانت الأرض الأصلية مرهونة دخلت الزيادة فى الرهن

٢ — إذا كانت الأرض الأصلية فى يد شخص وتملك الملك بمضى المدة وكانت زادت فى أثناء وضع يده فالزيادة له ولو لم تحصل إلا فى آخر المدة أعنى أنه لا يلزمه وضع يده على الزيادة طول المدة اللازمة لاكتساب ملكية الأصل

٣ ـ اذا بيعت الأرض تحت شرط وقبل تحقق الشرط زادت فالزيادة للمشترى وليس للبائع طلب زيادة الثمن

٤ ـ إذا كان البيع بيعا وفائيا أو كان فسخه معلقا على أجل واسترق البائع الأرض أو حل الأجل وانفسخ البيع وكانت الأرض قد زادت فالزيادة للبائع وليس للمشترى حق فى طلب تعويض

٥ ـ إذا كان لأحد حق عينى على أرض كحق الانتفاع أو حقوق الارتفاق وزادت الارض يمتد الحق إلى الزيادة

٦ ـ إذا كانت الأرض مؤجرة تدخل الزيادة فى الإيجار . ولكن فى هذه الحالة يجب على المستأجر أن يزيد الأجرة بقدر زيادة الأرض

٧ ـ إذا كان الأصل أرضا زراعية وجب على المالك أن يدفع ضريبة على ما التصق بها

مبحث ـ فى تحويل الارض وفى الجزر

للأرض التى يحولها النهر بقوة جريانه وكذا الجزر أحكام خاصة بها (مادة ٦١)

يحدث تحويل الأراضى بقوة جريان النيل خصوصا فى جهات الصعيد كل سنة وقد تكون المقادير المحولة كبيرة تبلغ عشرات الأفدنة فيأكل الماء قسما من أرض ويزيد بالطمى فى أرض أخرى وتسميته تحويلا فيها تجوز لأنه ليس من المحقق أن ما نقص هنا هو الذى زاد هناك

والجزر نوعان : فمنها ما يحدث بالانفصال من أرض مملوكة من قبل بواسطة قوة الجريان كما لو اخترقت مياه النيل أرضا فشطرتها قسمين وانشطر المجرى نفسه إلى فرعين أحدهما صار حائلا بين بقية الارض وبين الجزر المنفصلة

هذه الجزر تبقى ملكا لأصحابها وإنما يضيع عليهم موضع المجرى الجديد ويصير ملكا عاما أى للميرى

ومنها ما يحدث فى مجرى النيل بالطمى تدريجا

وأحكام الأرض التى تحول بمجرى النيل وكذا الجزر التى تتجدد فيه مدونة فى لائحة الأطيان السعيدية الصادرة بتاريخ ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية

١ ـ فى التحويل

تقضى اللائحة المذكورة بما يأتى :

١ ـ إذا حصل التحويل بقرب البلد التى جرف النهر أراضيها وكان الجزء المحول متصلا بطرف من تلك الأراضى فالزيادة تقسم بين الذين جرفت أراضيهم بنسبة ما يملك كل واحد منهم ولا حق فيها لأصحاب الأراضى التى التصقت بها الزيادة

٢ ـ إذا لم تكف الزيادة لسد العجز وزعت أموال ماضاع على الملاك

٣ ـ إذا زادت الأرض الجديدة عن حقوق أصحاب الأراضى التى نقصت فالزيادة تباع بالمزاد لأهل البلد المجاورة لها أى الزيادة

٤ ـ إذا كانت الزيادة بعيدة عن البلدة التى نقصت أراضيها تباع الزيادة بالمزاد وتعطى لصاحب العطاء الأكبر أيا كان

٢ ـ فى الجزر

١ ـ الجزر التى تتكون فى مجرى النيل ولم تكن منفصلة من أرض مملوكة من قبل تصير حقا للحكومة

٢ ـ تباع الجزر المذكورة بالمزاد ولا يقبل العطاء إلا من أهالى البلاد المقابلة أطيانها للجزيرة من الجانبين

٣ ـ الزيادة التى تحصل فى الجزر بعد بيعها تعطى لملاكها مقابل ثمن يدفعونه باعتبار الثمن الذى اشتروا به الجزيرة أولا . وهذا استثناء من قاعدة الالتصاق

٤ ـ إذا نقصت الجزيرة بقوة الجريان يرفع مال مانقص

الفرع الثانى ـ فى الالتصاق بفعل فاعل

يحصل الالتصاق بفعل فاعل على الأخص فى مسائل المبانى أو الغراس التى يباشرها الإنسان على أرض مملوكة له بمهمات وأدوات مملوكة للغير أو على أرض الغير بمهمات مملوكة له أو على أرض مملوكة للغير بمهمات وأدوات مملوكة للغير أيضا

الصورة الأولى

إذا بنى الرجل فى أرضه بمهمات وأدوات مملوكة للغير فالبناء له والتعويض لصاحب المهمات

فإذا كان البانى حسن النية أعنى أنه كان يعتقد ملكية المهمات والأدوات التى بنى بها يكون التعويض مساويا لثمن المهمات والأدوات

وإذا كان يعرف أنها للغير جاز الحكم عليه بتعويض آخر زيادة على الثمن (مادة ٦٤)

الصورة الثانية

إذا بنى الرجل بمهماته وأدواته بناء فى أرض مملوكة لغيره فلا حق له فيما بنى

وقد يكون البانى حسن النية وقد لا يكون كذلك

فإذا كان حسن النية أعنى أنه كان يعتقد ملكية الأرض التى بنى عليها وكانت الأرض تحت يده ثم نزعت منه بحكم ثبت فيه أنه لم يكن سيئ النية وجب على مالك الأرض أن يدفع له تعويضا

وهذا التعويض يساوى قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة أعنى تكاليف البناء كلها أو يساوى قيمة مازاد فى الأرض من التحسين بسبب البناء وذلك باختيار صاحب الارض (مادة ٦٥)

وللبانى فى هذه الحالة حق حبس العين إلى أن يدفع له التعويض

وإذا كان البانى سيئ النية فصاحب الارض مخيّر بين أمرين :

إما أن يكلف البانى بقلع بنائه وإما أن يستبقيه لنفسه

فإذا اختار القلع وجب عليه فعله بمصاريف من عنده ولا رجوع له على مالك الأرض بشئ

وإن حصل للأرض تلف أو ضرر فالبانى ملزم بالتعويض

وإذا اختار استبقاء البناء وجب عليه أن يدفع للبانى إما قيمة البناء باعتباره مقلوعا[1] أى مهدوما وإما قيمة مازاد من التحسين فى الأرض بسبب البناء وهو بالضرورة يختار أصغر التعويضين

مثلا : لو كانت قيمة البناء باعتباره مقلوعا ألف قرش وقيمة التحسين ستمائة فهو يختار دفع قيمة التحسين . وإذا كان العكس فهو يختار دفع ثمن المهمات والأدوات مقلوعة

ويعتبر الأشخاص الآتى ذكرهم سيئى النية بنص القانون :

١ ـ الغاصب الذى لاحق له على العقار ولا سند بيده

(١) قلنا (مقلوعا) ولم نقل (مستحق القلع) كما عبر القانون لأن قيمة الثانى أقل من قيمة الأول إذ فى الحالة الثانية يجب إنقاص أجرة الهدم من ثمن المهمات كما هو المصطلح عليه شرعا

٢ ـ من كان بيده سند باطل يعتقد أنه باطل كما لو اشترى أرضا من شخص يعرف أنه غير مالك لها

٣ ـ من كانت يده على العقار يد عارية كالمستأجر والأمين والدائن المرتهن رهن حيس أو غاروقة

ويلحق بهم صاحب حق الانتفاع ولكن القانون نص على حالته فى المادة (٢٦) فمنعه من البناء أو الغراس بدون إذن المالك

وقد يتفق أن البانى يرفع مابنى وحينئذ يكون الحكم مايأتى :

إن كان القلع حصل قبل اختيار صاحب الأرض استبقاء البناء فلا حق لهذا إلا فى تعويض ماقد يكون أصاب أرضه من الضرر

وإن كان القلع بعد حصول الاختيار كان البانى ضامنا باعتباره متعديا على ملك الغير

الصورة الثالثة

قد يبنى الرجل على أرض ليست مملوكة له بمهمات وأدوات ليست مملوكة له أيضا ويقع ذلك لمن كان واضعا يده على أرض يعتقد أنها ملكه أو هو غاصب لها

ومعنا فى هذه الصورة شخص ثالث هو مالك المهمات

فأما مايتعلق بصاحب الأرض لحقوقه ماتقدم إما اختار القلع وإما استبقى البناء فى حالة سوء النية أو هو ملزم باستبقاء البناء فى حالة حسن النية

وأما مايتعلق بصاحب المهمات فله قيمتها ولا يجوز له طلب ردها

وأما مايتعلق بالبانى فعليه الغرم

فإن كان حسن النية فعليه قيمة الأدوات والمهمات لصاحبها لا بحسب مايقدر له على صاحب الأرض بل بحسب ماتساويه الأدوات والمهمات وقت استعمالها

وإن كان سيئ النية فعليه هذا التعويض بعينه لصاحب المهمات والأدوات وقد يكون عليه فوق ذلك أيضا تعويض آخر له إذا أصابه ضرر من حرمانه من مهماته وأدواته ثم يجوز أن يحكم عليه أيضا بتعويض ثالث لصاحب الأرض إذا أصابها تلف أو ضرر

ويجوز لمالك المهمات والأدوات أن يستردها إذا اختار صاحب الارض قلع البناء

ولصاحب المهمات أن يحجز تحت يد المالك على ما يكون مطلوبا للبانى (مادة ٦٦)[1]
وتصدق هذه الأحكام كلها على الغراس

الفرع الثالث ــ فى التصاق المنقول بالمنقول

يجوز أن يختلط المنقول بالمنقول وإن كان ذلك لا يقع فى جميع الأنواع وقد اشترط القانون فى التصاق المنقول بالمنقول أمرين (مادة ٦٧)

الأول ــ أن يكون الشيئان أو الأشياء التى التصقت ببعضها مملوكة كل منها لمالك خاص إذ لو كانت لمالك واحد لما احتيج إلى نص فهو وشأنه

الثانى ــ أن يكون الالتصاق بحيث يتعذر تفريق أحد الشيئين عن الآخر من دون تلف لهما أو أنه يتعذر الفصل مطلقا كاختلاط الجير والطوب فى المبانى واختلاط الحنطة بالحنطة وامتزاج السوائل وهكذا

إذا اجتمع الشرطان وجب النظر فيمن يحكم له بالملك من المالكين وعلى أى قاعدة لم ير القانون فائدة كبيرة للتنصيص على هذه المسألة فتركها لحكمة القاضى وقال يحكم «بمقتضى أصول العدالة مع مراعاة الضرر الذى يحدث وأحوال المالكين واعتقاد كل منهما عند الاختلاط أو الالتصاق»

والواقع أن القواعد العمومية كافية للفصل فى مثل هذا الموضوع فلا يخلو الحال إما أن يكون الاختلاط عفوا أو بفعل أحد المالكين وفى هذه الحالة إما أن يكون الفعل بحسن نية أو بقصد سيئ

وقد يكون أحد المالين تافها والثانى ذا قيمة كبيرة

كل هذه أحوال يعتبر فيها قاعدة عدم جواز الانتفاع بمال الغير من دون تعويض وقاعدة الغرم بالغنم وقاعدة من فعل فعلا مضرا بالغير فعليه تعويضه

فكيفما حكم فى الملكية وجب أن يعوض على الذى ضاع ملكه بسبب الالتصاق ويكون تقدير التعويض فى كل حالة بحسبها مع مراعاة الأحوال المتقدمة

(١) يظهر من عبارة المادة الأخيرة أن لصاحب المهمات حق الرجوع على مالك الأرض بما يكون باقيا له من التعويض قبل البانى وذلك فى حالة ما إذا اختار صاحب الأرض استبقاء البناء أو كان ملزما باستبقائه على حسب الأحوال كما تقدم غير أن هذا خطأ ولا حق لصاحب المهمات فى طلب تعويض ما من مالك الأرض إذ لا ارتباط بينه وبينه وكل الذى يجوز لصاحب المهمات هو الحجز كما فى الشرح

الفصل الثالث

فى المواريث والوصية

المواريث والوصية من مواد الأحوال الشخصية التى لاتختص المحاكم الأهلية بالنظر فيها ولذلك لم يأت القانون بأحكام تتعلق بها إلا ببيان الشريعة التى تجب مراعاتها فى الإرث وأهلية الموصى

فنصت المادة (٥٤) على أن الإرث يكون بحسب شريعة المتوفى

ويستثنى من ذلك :

أولا – إرث حق الانتفاع فى الأموال الموقوفة فانه يكون بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء

ثانيا – إرث الأقباط إذا اختلف الورثة مع بعضهم أمام البطركخانة فإنهم فى هذه الحالة يتقاسمون التركة بينهم طبقا لنصوص الشريعة الاسلامية

ثم نصت المادة (٥٥) على أن الأهلية فى الوصاية تكون بحسب شريعة الموصى

وكذلك صيغة الوصية أى كيفية تحرير عقدها والألفاظ التى تعتبر وصية والتى لاتعتبر

الفصل الرابع

فى الهبة

الهبة أيضا من المسائل التى جعلها القانون خارجة عن اختصاص المحاكم الأهلية جاء فى المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية :

« ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى المنازعات المتعلقة بالدين العمومى أو بأساس ربط الأموال الميرية ولا فى المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا فى مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا فى مسائل (الهبة) و (الوصية) و (المواريث) وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ... »

ومع ذلك فإنه قرر للهبة بعض أحكام تجب مراعاتها وهى :

أولا – الشروط اللازم توفرها فى عقد الهبة من جهة تصرف الواهب وقبول الموهوب له

ثانيا – شكل عقد الهبة إذا كان الموهوب عقارا أو منقولا

ثالثا – حكم الهبة

رابعا – بطلان الهبة

أما ما يتعلق بأهليـة الواهب وبالأحوال التى يجوز فيها الرجوع عن الهبة أو التى توجب بطلانها أو نقص الموهوب والنصيب الذى يجوز التصرف فيه بالهبة فالحكم فيها من خصائص المحاكم الشرعية

الفرع الأول ـ فى شروط الهبة

الهبة هى تمليك مال لآخر بلا عوض

ويسمى فاعل الهبة واهبا والمـال موهوبا وقابل المـال موهوبا له

ويسمى قبول الهبة الاتهاب

ويشـترط فيها :

١ ـ أن يكون الواهب مالكا للمـال

٢ ـ أن يكون ذا أهلية للتصرف

٣ ـ أن يكون الموهوب عقارا أو منقولا وأن يكون معينا

٤ ـ أن يقبلها الواهب

٥ ـ أن تكون بلا عوض

ملكية الواهب ـ الهبة عقد من العقود التى تنتقل بها الملكية والذى له حق نقل ملكية شئ إلى غيره هو المـالك فوجب أن يكون الواهب مالكا

وحينئذ تكون هبة مال الغير باطلة إلا إذا أجازها المـالك فتكون صحيحة

أهلية التصرف ـ أهلية التصرف شرط لازم فى جميع العقود التى تنتقل بها الحقوق من المعطى إلى الآخذ والهبة ناقلة لأكبر الحقوق وهو الملكية فوجب أن يكون الواهب عاقلا بالغا غير محجور عليه

ماتصح هبته ـ كل حق مملوك للواهب تجوز هبته عقارا كان أو منقولا

والعقار يشمل الأرض والبناء وكل حق يجوز ترتيبـه على ذلك كحق المنفعة وحقوق الارتفاق بأنواعها

والتعيين شرط لازم فى جميع العقود وهو أوجب فى العقود الناقلة للملكيـة فلا يجوز أن يهب المـالك بعض ماله

وليس من الواجب أن يكون التعيين من الواهب بل يصح من الموهوب له إن كان له الخيار كما لو عرض المالك أحد الفرسين فاختار الموهوب له واحدا منهما

قبول الموهوب له — قبول الموهوب له أحد أركان العقد فلا يتم إلا به

ومع ذلك تتم الهبة بمجرد الإيجاب من الواهب إذا كان الواهب وصىّ الموهوب له أو وليه أوقيما عليه

ولا يلزم أن يكون القبول صريحا بل القبول الضمنىّ كاف فاذا وهب أحدهم فرسا فاستلمها الموهوب له تمت الهبة

ويلزم أن يكون القبول حاصلا من الموهوب له سواء كان منه هو ذاته إن كان أهلا للتصرف أو من وليه أو وصيه أو القيم عليه إن كان غير أهل لذلك

ومع هذا يجوز قبول الصغير المميز إذا وهب له شئ منقول فقبضه كما لو وهب صديق ولد صديقه حلية فأخذها منه

ويجوز للورثة أن يقبلوا الهبة بعد وفاة مورثهم إذا كان توفى قبل حصول القبول (مادة ٥١).

عدم العوض — لأن الهبة لو كانت بعوض فهى عقد آخر كالبيع والمقايضة

ومع ذلك يجوز العوض فى الهبة وإنما يلاحظ فى ذلك قيمة العوض فإن كانت مساوية لقيمة الشئ الموهوب فلا هبة وإن كانت أقل منها فهى هبة

ولا يلزم أن يكون العوض مالا بل يكفى أن يكون تعهدا بفعل أمر أو بالامتناع عن أمر كما لو اشترط الواهب على الموهوب له أن يباشر زراعته أو يسافر إلى جهة لقضاء مصلحة للواهب أو يمتنع عن شرب الخمر

الفرع الثانى — فى شكل عقد الهبة

الأصل ان عقد الهبة يكون رسميا وإلا كانت باطلة (مادة ٤٨)

وتجب مراعاة هذه القاعدة ما دامت الهبة هى موضوع العقد بتصريح الواهب والموهوب له

وقد يكون ايجاب الواهب وقبول الموهوب له حاصلين فى زمنين مختلفين ففى هـذه الحالة يجب أن يكون كل منهما ثابتا بمحرر رسمى فإن كان أحدهما ثابتاً بمحرر عرفى فالهبة لاغيـة

ويستثنى من هذه القاعدة الهبات الآتيـة :

أولا ـ الهبات المستترة وهى التى تقع فى صورة عقد آخر غير عقد الهبة الصريحة كالبيع والمقايضة (راجع ص ١٤٥)

وهذه الهبات صحيحة مادام العقد الساتر صحيحا أى إذا كان يكفى فيه السند العرفى

ومن هذا القبيل أيضا الهبة الحاصـلة فى عقد أصلى آخر كما لو باع زيد لبكر داره ودفع بكر الثمن وتعهد بأنه يدفع لزيد البائع مرتبا دائمـا أو مؤقتا لأن الهبـة هنا ملحقة بالعقد وكأنها جزء منه فتعطى حكمه شكلا

وفى هذه الحالة تكون الأحكام الواجب مراعاتها هى أحكام العقد الظاهر لا أحكام الهبة فإذا كان العقد الظاهر باطلا فلا هبة كما لو ذكر فى العقد أن زيدا باع داره لبكر ولم يذكر الثمن إذ الثمن ركن من الأركان التى لا يتم البيع إلا بتحققها

ومع ذلك فلا بد من مراعاة شروط الهبة وإن كانت فى صورة عقد آخر فلا يجوز تخطى القواعد الشرعية المقررة فى الأهلية وغيرها

وكذلك لا يمنع شكل العـقد ذوى الحقوق قبل الواهب من طلب إبطال التصرف باعتباره هبة حقيقية

ثانيا ـ الهبات الخفية وهى التى لا يكون لهـا صورة الهبـة ولا صورة عقـد آخر كالبيع والمقايضة وإنمـا تقع فى صورة التنازل أو الترك

مثال ذلك : لزيد دين قبل بكر فتركه أو له حق انتفاع أو حق ارتفاق فتنازل عنه

ثالثا ـ هبة المنقول إذا حصل تسليمه وقت الهبة يدا بيد كالحلى والنقود والطرف وتسمى لهـا الهبة اليدوية

ولا يلزم فى هذه الهبات تحرير عقد بل هى تتم بالتناول أى القبض

فإن لم يحصل القبض بأن كان مؤجلا وجب أن تكون الهبة بعقد رسمى الا إذا كانت مستترة أو مخفية كما تقدم (مادة ٤٩)

ويجب مراعاة قاعدة (الحيازة سند الملكية) فى المنقولات

فمن ادّعى أن الشئ الذى فى يد غيره موهوب له فعليه إقامة البرهان فإن كان الشئ فى يد صاحب الدعوى صدّق بقوله حتى يقوم الدليل على كذبه فى حالتى السرقة والضياع (راجع ص ١١٥)

لكن يجب أن تكون الحيازة صريحة أعنى أن الشك لا يتطرق اليها كحيازة الخادم شيأ من منقولات مخدومه لأن صفته موجبة للشك فى حيازته فهو الذى عليه إثبات مصدرها إن ادّعى الملك

الفرع الثالث — فى حكم الهبة

يستمر انتقال الملكية مهدّدا إلى أن يقبضها الموهوب له والقبض هو الاستلام

ومع ذلك إذا كان الموهوب عقارا وسجل الموهوب له عقده جاز له وضع يده عليه طبقا للمادة (١١٨) (راجع ص ١٣٧ و ٢١٤) وإن طلب التسليم من الواهب

وهنا ترد مسئلة حق الواهب فى الرجوع عن الهبة

وظاهر القانون وروح التشريع فيه يقضيان بعدم جواز العدول متى كان العقد رسميا

أما إذا التصقت الهبة بعقد آخر فالنص صريح فى تطبيق قواعد العقد المسمّى والمقرر أن فسخ العقد بإرادة أحد الطرفين وحدها غير جائز

ولا مشاحة فى ذلك لتصريح القانون بانتقال الملكية فى العقار الموهوب إلى الموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول وعدم تمامها إلا بالقبض فى المنقول

وتسليم كل شئ بحسبه

فالعقار يسلم بالتخلى من قبل الواهب والمنقول بالإعطاء يدا بيد

وأما حكم الهبة بالنسبة لغير المتعاقدين فهو عدم جواز الاحتجاج بها إلا على حسب المقرر بالقواعد المتعلقة بتسجيل عقود الهبة (مادة ٥٢)

وليس المراد بقول المادة (القواعد المتعلقة بتسجيل عقود الهبة) أن هناك إجراآت تجب مراعاتها فى تسجيل عقد الهبة بخصوصه غير الإجراآت المتعلقة بالتسجيل على وجه العموم لعدم وجود شئ من ذلك وما هو مذكور عن التسجيل فى المواد (٦١١ وما بعدها) يصدق على الهبة كما يصدق على غيرها

وإنما الغرض لفت المتعاقدين إلى الأحوال الخاصة التى لا تصح فيها الهبة بغير التسجيل وإلى وجوب التسجيل أيضا إذا كان الموهوب عقارا ليصح الاحتجاج بالهبة على غير المتعاقدين

الفرع الرابع – فى بطلان الهبة

تبطل الهبة فى الأحوال الآتية :

١ – إذا كانت بالإكراه سواء فى ذلك الواهب والموهوب له وهو حكم عام لجميع العقود

٢ – إذا كان عقدها غير رسمى ماعدا الإستثناآت المتقدمة

٣ – بموت الواهب أو فقده الأهلية قبل قبول الهبة (مادة ٥٠)[1]

مبحث – فى الوقف

ألحق القانون الوقف بالهبة من حيث بطلانه إذا وقع إضرارا من الواقف بمداينيه (مادة ٥٣) وذلك لأن فى الوقف معنى الهبة بل إن القسم الخيرى منه والاستحقاقات التى تعطى لغير ورثة الواقف هبات صرفة

الفصل الخامس

فى الشفعة

جاءت احكام الشفعة أولا فى القانون (مواد ٦٨ – ٧٥) ثم ألغيت هذه المواد واستعيضت بالأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١

الشفعة هى الحق فى تملك العقار المبيع على المشترى بالثمن الذى دفعه والرسوم والمصاريف والغرض من الشفعة منع الضرر

(١) لم يأت القانون بجميع أحكام الهبة ولكن نقب تنقيبا بليغا وحذف من كل معنى تاركا ما لم يذكره للأحكام الشرعية ليحقق بذلك معنى الاستثناء الوارد فى المادة (١٦) من لائحة الترتيب . والمحاكم الأهلية مختصة بنظر الهبة فى جميع ما نص عليه القانون

الفرع الأول — فيما تجوز فيه الشفعة وما لا تجوز

الشفعة لا تجوز إلا فى العقار بسبب البيع وأما المنقول فلا شفعة فيه

لاحظ القانون أن هناك أحوالا قد يشتبه فى جواز الشفعة فيها ونص عليها بعدم الجواز والأحوال المذكورة هى الآتية (مواد ٣ و ٥ و ٦) :

١ — إذا كان البيع حاصلا بالمزاد العمومى بواسطة الإدارة أو بواسطة الحاكم قهرا أو بناء على عدم إمكان القسمة بين الشركاء

٢ — البيع الحاصل من الأصول لفروعهم أو من الفروع إلى الأصول أو من أحد الزوجين إلى الآخر أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة

٣ — الهبة ولو بعوض

٤ — المقايضة سواء كانت بدون فرق أو كان فيها فرق

٥ — القسمة إذ القسمة بيان لحقوق الشركاء وإن كان فيها معنى البيع

٦ — إذا كان الغرض من البيع تخصيص العقار المبيع للعبادة أو إضافته إلى عقار مخصص لذلك

ونحن نضيف إلى ذلك :

٧ — الصلح فى خصومة قائمة أمام الحاكم على عقار وإن كانت نتيجة الصلح ترك العقار فى مقابل دين نقدى لأن الصلح يقتضى بطبيعته ترك كل طرف شيئا من حقه ولا يجوز أن ينتفع الأجنبى بفائدة رتبها القانون فى منفعة شخص معين

٨ — العقار المعطى للدائن باختيار مالكه وفاء للدين وإن زاد ثمنه عن الدين المذكور وهو كالصلح على يد المحكمة

٩ — البيع الموقوف نفاذه على شرط لأن الملكية لم تنتقل ولا عبرة بأنها عند تحقق الشرط تعتبر منقولة من يوم البيع ولأن خيار التقايل لا يزال موجودا حتى يتحقق الشرط

١٠ — البيع المعلق فسخه على أجل لأن فسخ البيع محقق بانقضاء الأجل فلا وجه للشفعة إذ الضرر مؤقت والشفعة شرعت لاتقاء الضرر الثابت ومن ذلك بيع الوفاء

١١ — إذا كان المبيع مأخوذا للمنافع العمومية لأنه لا فائدة من الشفعة

١٢ — البيع الباطل للسبب المتقدم

١٣ ـ حصة الشريك المبيعة لشريكه فى العقار إلا لباقى الشركاء

١٤ ـ وضع العقار فى الشركة . مثلا : إذا كانت حصة كل شريك تساوى ألف جنيه وبدلا من أن يدفع أحدهم حصته نقدا قدم لها دارا تقيم فيها الإدارة بهذه القيمة لا تجوز الشفعة وإن كان تقديم العقار كالبيع لأنه بدل مبلغ معين ولأن الملكية تنتقل من الشريك إلى الشركة

الفرع الثانى ـ فى مَنْ له حق الشفعة

الأشخاص الذين لهم حق الشفعة أربعة (مادتى ١ و ٢) :

الأول ـ مالك الرقبة

الثانى ـ الشريك الذى له حصة مشاعة

الثالث ـ صاحب حق الانتفاع

الرابع ـ الجار المالك

ومرتبة كل واحد من هؤلاء الشفعاء بحسب ما هو مذكور فمالك الرقبة هو المقدم ثم الشريك ثم المنتفع ثم الجار (مادة ٧)

المبحث الأول ـ مالك الرقبة

تقدم أنه يجوز أن تكون رقبة العقار مملوكة لشخص ومنفعته لشخص آخر

والحالة التى يكون فيها حق الشفعة لمالك الرقبة حالة واحدة هى بيع حق المنفعة من صاحبه

وظاهر أن هذا الحكم استثناء من أن الشفعة لا تكون إلا فى عقار حقيقة لا حكما لأن حق الانتفاع ليس عقارا حقيقيا ولكنه استثناء جىء به لسبب معقول وهو حاجة مالك الرقبة فى التخلص من حق المنفعة المترتب على عقاره ليعود اليه الملك تاما

ويلاحظ أن الشفعة فى حق الانتفاع المبيع لا تجوز إلا لمالك الرقبة دون غيره لأنها جاءت على خلاف الأصل لسبب خاص ومن المقرر أن ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه . وقد يكون هذا المنع ضارا ضررا كبيرا بالشركاء فى حق الانتفاع إلا أن لهم مندوحة عنه باستعمال حق الاسترداد المقرر فى (المادة ٤٦٢) من القانون (ص ٣٣٤)

المبحث الثانى — الشريك الذى له حصة شائعة

لافرق بين أن تكون الشركة آتية من الإرث أو من الاتفاق ولا فرق بين أن يكون البيع حاصلا لأجنبى أو لشريك . فإذا باع أحد نصيبه المشاع فى العقار فللشركاء الباقين حق أخذ المبيع بالشفعة فإن كان الشركاء كثيرين وطلبوا الشفعة كلهم قسم المبيع بينهم بنسبة أنصبائهم

وإن كان الطالب أحدهم قضى له بالمبيع كله

وللشركاء طريق آخر فى تملك الحصة الشائعة المبيعة من شريكهم لأجنبى وهى حقهم فى استرداد تلك الحصة إلى وقت القسمة كما تقدم

والفرق بين الشفعة والاسترداد أن الأولى جائزة سواء كان البيع لشريك أو لأجنبى وأما الثانى فلا يجوز إلا إذا كان البيع لأجنبى

وهناك فروق أخرى فى الأحكام المتعلقة بسقوط الحق فحق الاسترداد لايسقط إلا بالتنازل عنه أو بالقسمة وحق الشفعة يسقط فى أحوال كثيرة كما سيجىء

المبحث الثالث — صاحب حق الانتفاع

صاحب حق الانتفاع ليس مالكا لعقار حقيقى كما تقدم ولذلك لم يعطه القانون حق الشفعة إلا فى العقار المترتب حقه عليه

فإذا بيعت الرقبة لأجنبى فلصاحب حق الانتفاع أخذه بالشفعة

وقد جاء فى المادة (٢) التى تقرر له هذا الحق عبارة يصعب فهمها إن لم تكن لغوا وهى «وله طلب الشفعة إن لم يطلبها مالك الرقبة»

فيظهر من أول نظرة أن اجتماع حق الاثنين مستحيل إذ الشفعة حق لغير البائع والمشترى وهى لاتثبت لصاحب الانتفاع إلا إذا باع صاحب الرقبة فكيف يجوز أن يكون هذا الأخير شفيعا مع كونه بائعا

والذى يجوز فرضه لتصح عبارة المادة هو أن تكون الرقبة أو حق الانتفاع مملوكا لأكثر من واحد وأن أحد الشركاء باع نصيبه فحينئذ يكون حق الشفعة للشريك الآخر

أو الشركاء الآخرين فإذا لم يطلبوه فهو لصاحب حق الانتفاع . هذا ما فرضه بعضهم ولكنه لغو لأن الشريك على الشيوع مقدم على صاحب الانتفاع بنص صريح فى القانون (مادة ٧) والمراد بالشريك على الشيوع الشريك فى العقار المبيع

المبحث الرابع ـ الجـار المـالك

للجار المالك حق الشفعة فى العقار المبيع بجوار ملكه إلا أن حقه يكون مطلقا أو مقيدا بحسب نوع العقار المشفوع فيه والعقار المذكور على ثلاثة أنواع :

الأول ـ العقار المبنى أو المخصص للبناء فى المدن وفى القرى

الثانى ـ الأراضى المعدة لبناء التى ليس عليها ولا لها حق ارتفاق

الثالث ـ العقار الذى له حق ارتفاق على العقار المبيع أو عليه له مثل ذلك الحق

ويجب قبل كل شئ أن يكون الجار طالبا لشفعة حقيقة لا صورة فقط كما لو كان عاملا فيها لمصلحة غيره ولذلك يجوز للمشترى أن يثبت صورية الطلب وأن الطالب يخفى الطالب المستتر أو هو مأجور منه

١ ـ العقارات التى فى المدن والقرى

يجب أن يكون العقار المشفوع والعقار المشفوع به متلاصقين سواء كان العقار المشفوع مبنيا أو معدا للبناء

فالعبرة هنا بالأرض لا بالبناء ويتج من ذلك :

١ ـ إذا كان المبيع دارا لها بستان وكان لأحدهم عقار ملاصق للبستان فله الشفعة لأن العبرة بملاصقة الأراضى لا الأبنية

٢ ـ إذا كان الشفيع لا يملك الا البناء إن كانت الأرض محكورة له أو مؤجرة فلا شفعة له

٣ ـ إذا كان المبيع هو البناء دون الأرض فلا شفعة كما لو كانت الأرض لمالك وكان مترتبا عليها حق انتفاع بالبناء لآخر أو أن للدار المبيعة فضاء هو الملاصق للجار ولم يدخل فى المبيع

٢ ــ الأراضى غير المبنية أو غير المعدة للبناء

هذه الأراضى هى التى تكون بالمدن أو القرى وليست مبنية ولا معدة للبناء وكذا الأراضى الزراعية سواء كانت مزروعة أم لا

ويجب للشفعة فى هذه الأراضى إذا بيعت شرطان :

١ ــ أن يكون العقار المشفوع به ملاصقا من جهتين للعقار المشفوع فيه

٢ ــ أن تكون قيمة العقار المشفوع به مساوية لنصف قيمة العقار المشفوع على الاقل

وإذا فقد أحد الشرطين فلا شفعة

الملاصقة ــ ولا يكفى مجرد الملاصقة فى نقطتين من جهتين مهما صغرت مواضع الالتصاق بل يجب أولا أن يكون التجاور من حدين كالبحرى والشرق مثلا وأن يكون التلاصق على امتداد كاف كثلث الحد أو نصفه

وتحديد ذلك متروك لتقدير القاضى على حسب أحوال القضية

وعلى كل حال لا يكفى الالتصاق من حد واحد ولو على طوله بأكمله

وإذا كان هناك فاصل بين العقارين فلا شفعة

والفاصل المعتبر هو :

١ ــ العقار المملوك لغير الشفيع

٢ ــ العقار المملوك للبائع نفسه كبقية العقار المبيع ولا يجبر البائع على بيع البقية مرضاة لصاحب حق الشفعة ولو كانت قليلة جدا بالنسبة إلى ما بيع

لكن يجب أن لا تكون تلك البقية تافهة لا يعتد بها فى ذاتها وليس لها قيمة فى التعامل أو الانتفاع وأن لا يكون الغرض البين منه منع الشفعة لا استبقاء ملك يعول عليه وإلا فالشفعة واجبة

٣ ــ الطريق العمومية المعتبرة كذلك لدى نظارة الأشغال وكذا الترع والمصارف العمومية

٤ ــ الطرق والترع والمساقى والمصارف الخصوصية المملوكة لغير البائع والشفيع وأما ما كان مملوكا لأحدهما من ذلك فلا يمنع الشفعة

ومن الحيل التى يستعملها البائع والمشترى لمنع الشفعة هبة الجزء الملاصق للجار من العقار المبيع وبيع الثانى

والعبرة فى ذلك للواقع فاذا أثبت الشفيع أن العقد بيع والهبة لمنع الشفعة فقط فله الشفعة

ويعتبر فى تقدير ذلك الثمن المدفوع من المشترى فإن كان مساويا لقيمة المبيع والموهوب معا بحسب الجارى وصقع الجهة فهو بيع

قيمة المشفوع به ـ الشرط الثانى فى جواز شفعة الجار المالك الملاصق أن تكون قيمة عقاره الذى يشفع به مساوية على الأقل لنصف قيمة العقار المشفوع

ويكون تقدير القيمة باعتبار كل واحد من العقارين على حدته بحسب أحواله الخاصة وصقعه الخاص وبقطع النظر عن مقداره إذ ألف فدان قد لا تساوى عشرين فدانا

٣ ـ العقار الذى له أو عليه حق ارتفاق

تجوز الشفعة فى غير الحالتين المتقدمتين للجار المالك إذا كان للعقار المشفوع به على العقار المشفوع حق ارتفاق أو كان عليه له مثل ذلك الحق (مادة ١)

ويشترط فى ذلك أمران (مادة ١) :

الأول ـ أن يكون الشفيع جارا لأن الجوار أى الملاصقة فى الملك شرط أولى إلا أن شرط الملاصقة من حدين غير واجب بل يكفى أن تكون من حد واحد متى اقترنت بالشرط الثانى

الثانى ـ أن يكون لأحد العقارين : المشفوع والمشفوع به حق ارتفاق على الثانى كحق المرور للرى أو حق المرور الشخصى وحق الاستطراق أو السكنى ولا بد من اجتماع الشرطين

فلا يجوز للجار الملاصق من جهة واحدة أن يشفع كما تقدم

ولا يجوز لغير الملاصق أن يشفع وإن كان لعقاره حق ارتفاق على المشفوع او عليه مثل ذلك الحق لأنه ليس بجار

الفرع الثالث — فى إثبات الشروط التى لا تتم الشفعة إلا بها

يختلف الإثبات باختلاف الشرط

فملكية الشفيع تثبت بأحد الأسباب المنصوص عنها فى هذا الباب إلا أنه يكفى فى السند أن يكون ثابت التاريخ قبل البيع الموجب للشفعة ولا يلزم أن يكون مسجلا

وعلة ذلك كون الشفعة ليست حقا عينيا بل هى حق شخصى لمن منحه القانون ذلك وقت حصول البيع دون غيره ممن يحل محله كالورثة

فإذا لم يكن بيده سند جاز له الإثبات بوضع اليد المعروف بالشهرة من زمن قديم

وكل حق آخر يثبت بعقده والجوار والملاصقة تثبت بالمعاينة

الفرع الرابع — فى تزاحم الشفعاء على عقار واحد

تزاحم الشفعاء على صورتين :

الأولى — أن يكون المتزاحمون من طبقة واحدة

الثانية — أن يكونوا من طبقات مختلفة

المبحث الأول — المتزاحمون من طبقة واحدة

إن كان الشفعاء شركاء فى العقار المشفوع به سواء كان مملوكا لهم ملكا تاما أو مملوك الرقبة فقط قسم المشفوع بينهم بنسبة أنصبائهم فى الملك

وإن كانوا من المجاورين المالكين يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره

والمسألة ترجع إلى نظر القاضى فإن كان بين الشفعاء المجاورين شفيع مجاور من حد واحد وكان للمشفوع على المشفوع به حق ارتفاق جاز أن يكون هذا الجار هو الأحق بالشفعة من غيره لأن له منفعة خاصة من الشفعة وهى إبطال حق الارتفاق المترتب على عقاره

وإن كان المشفوع يجاور المشفوع به لأحد المتزاحمين من ثلاث جهات فقد يكون هو الأولى بالتقديم على صاحب حق الارتفاق وهكذا

وإذا تساوت منفعة الكل قسم العقار المشفوع بينهم بنسبة أملاكهم أو أنصبائهم والقسمة هنا معناها قسمة الحقوق لا قسمة العقار نفسه أعنى أنه إذا تزاحم ثلاثة على مشفوع قدره خمسون فدانا ينظر لمجموع ملكهم أولا باعتباره ٢٤ قيراطا ويبين نصيب كل واحد فى القراريط المذكورة بنسبة ملكه الأصلى فالذى له ستة قراريط فى مجموع الملك الأصلى يعطى له ستة قراريط والذى له ثمانية قراريط يأخذ مثلها والذى له عشرة يأخذ مثلها

وقد يسأل عن كيفية اعتبار النصيب فى الملك الأصلى هل هو النصيب فى المقدار أو فى القيمة

ففى المثال المفروض هل تعتبر قيمة نصيب كل واحد فى المشفوع به لتقدير نصيبه فى المشفوع أو يعتبر عدد الأفدنة

والرأى الذى يجب اعتباره هو القيمة قياسا على ماجاء بالقانون فى حق الجار المالك إذ نص على أنه يجب أن تكون قيمة عقاره المشفوع به مساوية لقيمة نصف العقار المشفوع على الأقل

ويلاحظ أن المشترى نفسه يدخل ضمن المزاحمين إذا كان ممن له حقوق الشفعة لو لم يكن مشتريا

وتلاحظ حالة الخصوصية عند تقرير المنفعة التى توجب تفضيل أحدهم على الآخر (مادة ٧)

المبحث الثانى ـ المتزاحمون من طبقات مختلفة

إذا كان المتزاحمون من طبقات مختلفة روعى الترتيب المتقدم فى بيان من له حق الشفعة (مادة ٧)

فالمقدم هو مالك الرقبة فى حالة بيع حق الانتفاع

ويأتى بعده الشركاء فى العقار المبيع على المشاع

وفى الطبقة الثالثة يأتى المنتفع بالعقار المبيع

ثم الرابع هو الجار المالك

ولا يتقدم واحد من هؤلاء على من هو من طبقة أعلى ولا قسمة بينهم

ومن ترك رتبته منهم أعلى من لم يشفع حل محله من يأتي بعده مباشرة

هذا ولا ينفى التزاحم بكون المشترى شفيعا (مادة ٨)

تتمـــة

الصغير والمحجور عليه يشفعان بواسطة الوصي أو القيم

الفــرع الخامس — في عدم جواز قسمة المشفوع

لا تجوز الشفعة في جزء من العقار المبيع بل يجب على الشفيع أن يأخذه كله أو أن يتركه

والمبيع إما أن يكون عقارا واحدا أو عقارات متعددة والأمر واضح بالنسبة للأول

أما إذا تعددت العقارات فهناك حالتان :

الحالة الأولى — العقارات المشفوعة غير متصلة ببعضها

في هذه الحالة يكون حق الشفيع قاصرا على العقار الذي هو شريك في ملكه أو في منفعته أو مجاور له

فإذا كانت العقارات المبيعة منفصلة ولكنها كلها مخصصة لطريقة استغلال واحدة جاز للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بأخذ الصفقة كلها

مثال ذلك : اشترى زيد وابورا معدا لحلاجة القطن ومعه ألف فدان على خمس قطع غير متجاورة وذلك لأجل أن يدفع من الوابور بحلاجة القطن الذي ينتج من الألف فدان فالصفقة هنا واحدة

ويجوز للمشترى أن يلزم الشفيع بأخذها كلها أو تركها

فإذا كان بيع العقارات المتعددة جزافا قدرت قيمة العقار المشفوع بحسب مقداره وحالته

وإذا كان بالأرض الزراعية بناء وجب على الشفيع أخذه أيضا

وإذا كان العقار المشفوع مبيعاً لعدة أشخاص على الشيوع وجب أخذه كله ولو كانت الأنصباء متعددة فى العقد

فإن كان البيع حصصاً مفروزة فالشفيع بالخيار إما أن يأخذ الكل أو البعض (مادة ١١)

الحالة الثانية — العقارات المشفوعة متصلة ببعضها أو أن منها ما هو متصل ومنها ما هو منفصل :

فى هذه الحالة يجب على الشفيع أن يأخذ العقارات المتصلة مع مراعاة ماذكر فيما إذا كان الغرض من الصفقة عملاً واحداً

الفرع السادس — فى طلب الشفعة

للأخذ بالشفعة شروط يجب على الشفيع مراعاتها وهى (مواد ١٤ و ١٥ و ٢٠) :

الشرط الأول — إعلان رغبته فى ذلك

الشرط الثانى — رفع الدعوى إلى المحكمة

المبحث الأول — فى إعلان الرغبة

يراعى فى إعلان الرغبة ما يأتى :

١ — أن يكون بالكتابة رسمياً على يد محضر

٢ أن يشتمل على بيان العقار المشفوع وعلى بيان الثمن وشروط البيع وكل من البائع والمشترى

٣ — أن يكون مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً

٤ — أن يعلن للبائع والمشترى معاً

٥ — أن يكون فى ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علم الشفيع بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بإبداء رغبته فى الأخذ بالشفعة إن كان يريدها بناء على طلب البائع أو المشترى

١ — الإعلان على يد محضر

الإعلان الرسمى هو الطريقة التى نص القانون عليها ولكنه لم ينص على حكم عدم مراعاتها وعلى ذلك يجوز أن يكون الإعلان غير رسمى ولو بخطاب فى البوستة

والأولى أن يكون الإعلان رسميا لما فى اتباع غير هذه الطريقة من مشاق الإثبات .

وليس الإعلان واجبا إذا رفعت الدعوى مباشرة فى ظرف الخمسة عشر يوما المقررة للإعلان لأن إعلان عريضة الدعوى يقوم مقامه

٢ — بيان العقار والثمن والشروط

يجب أن يشتمل الاعلان على بيان العقار المشفوع بالدقة بتعيين جميع مميزاته كالموقع والحدود والمقاس

ويجب على الشفيع بيان الثمن الحقيقى إن كان يعلمه وإلا فالثمن المذكور فى العقد فإن كان الثمن المذكور مبالغا فيه جاز للشفيع أن لا يذكر إلا الثمن الحقيقى

ويجب أيضا بيان شروط العقد إن علمها واسم البائع والمشترى

ولا تقبل منه المعارضة فى مقدار الثمن إلا إذا كانت ظروف الأحوال تؤيد معارضته

٣ — عرض الثمن المقدر فى العقد

فإن كان لا يعرفه جاز له الاكتفاء بعرض الثمن الذى تقدره المحكمة

ويجب أن يكون العرض شاملا للثمن والرسوم والمصاريف سواء كانت مصاريف العقد أو المصاريف العادية التى يكون المشترى صرفها على العقار إلا أن الشفيع ليس ملزما ببيانها

فإذا أغفل الشفيع شيئا من ذلك كان الإعلان باطلا

لكن إذا كان عقد البيع غير مشتمل على جميع هذه البيانات فليس على المشترى إلا أن يضمّن إعلانه جميع البيانات المندرجة فى العقد المذكور

وليس بواجب على كل حال أن يكون العرض عرضا حقيقيا أعنى تقديم المال بذاته بل إعلان الاستعداد كاف فى ذلك

٤ — وجوب إعلان البائع والمشترى بدعوى الشفعة

يجب أن يكون الإعلان للاثنين معا فإن كان لأحدهما فقط كان الإعلان باطلا

٥ ــ ميعاد الإعلان

ميعاد الإعلان خمسة عشر يوما

وهذه المدة تبتدئ إما من تاريخ علم الشفيع بالمبيع أو من تاريخ تكليفه بإبداء رغبته

ووقت علم الشفيع بالبيع بدون إخطار من قبل المشترى أو البائع موكول إليه

والمشفوع منه أن يثبت علم الشفيع من تاريخ سابق على الذى يدعيه ويكون الإثبات بجميع الطرق القانونية ومنها الشهود

والعلم المطلوب هنا هو العلم التام بجميع ما يجب على الشفيع بيانه فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة

ومجرد العلم بحصول بيع من غير معرفة أحوال ذلك البيع ولا المشترى لا يعدّ علما

وللمشترى أو البائع طريقة سهلة فى إثبات علم الشفيع علما تاما بالبيع وأحواله وهى تكليفه رسميا على يد محضر بإبداء رغبته فى الشفعة

وحينئذ تبتدئ مدة الخمسة عشر يوما المذكورة من تاريخ التكليف المذكور

فإذا انقضى ميعاد الخمسة عشر يوما من تاريخ العلم ولم يبد الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة سقط حقه

٦ ــ فيما يترتب على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة

يترتب على الإعلان ما يأتى :

(ا) حفظ حق الشفيع إلى أن يسقط بإحدى الطرق التى سيأتى بيانها (راجع ص ٩٧)

(ب) تحريم بيع العقار المشفوع على المشترى أو ترتيب أىّ حق عينىّ للغير

(ج) تقرير حقوق الغير على العقار إلى يوم الإعلان

فأما حفظ حق الشفيع فظاهر وأما عدم جواز التصرف من الشفيع بعد وصول إعلان الشفعة إليه ببيع أو رهن أو بترتيب أىّ حق عينىّ على العقار فلعدم الإضرار بالشفيع ومنع الحيلة لإسقاط حقه

فإذا فعل ذلك فعليه التعويض سواء ثبت حق الغير على العقار أم لا

وأما التصرفات التى تحصل من المشترى إلى الغير فخاضعة للقواعد العامة فإذا كان الغير سليم النية أعنى أنه غير عالم بحصول الإعلان من الشفيع إلى المشترى ثبت له الحق الذى ترتب على العقار وإن كان عالماً بذلك كان التصرف باطلا

وعلى كل حال لا يصح التصرف ولا تثبت حقوق الغير المنقولة إليه من المشترى إذا وقعت بعد تسجيل الإعلان فى قلم كتاب المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار بالنسبة للأجانب وفى قلم كتاب المحكمة الإبتدائية الأهلية الكائن بدائرتها العقار

وعلى هذه المحكمة أن ترسل صورة منه إلى المحكمة المختلطة وهى تسجله من تلقاء نفسها

وحينئذ يكون العبرة فى إثبات حقوق الغير على العقار المشفوع أو حقوق الشفيع بتسجيل العقود أو الإعلان

المبحث الثانى — فى رفع دعوى الشفعة

الشرط الثانى أن يرفع الشفيع دعوى الشفعة على البائع والمشترى وهى ترفع أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار

ويجب رفعها فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فإن تأخر سقط حقه

ودعوى الشفعة من القضايا المستعجلة التى يحكم فيها على وجه الاستعجال (مادة ١٦) والأحكام الغيابية فيها لا تقبل المعارضة فلا يجوز الطعن فيها إلا بطريق الاستئناف

وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوما من يوم إعلان الحكم (مادة ١٧)

والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع وهو من الأحكام التى يجب على المحكمة تسجيلها من تلقاء نفسها (مادة ١٨)

ملحوظة

يجوز لشخص ثالث أن يدخل خصما ثالثا فى دعوى الشفعة بصفته شفيعا مقدما على الذى رفع الدعوى وفى هذه الحالة لا يكون ملزما بمراعاة القواعد المقررة لإقامة دعوى الشفعة بل يكفى اتباع القواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات

ويشترط لقبوله فى الدعوى أن لا يكون حقه قد سقط بأحد الأسباب المسقطة للشفعة

الفـــرع السابع ــــ فيما يترتب على الشفعة

يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشترى فى جميع حقوقه وتعهداته كأن البيع حصل للأول دون الثانى (مادة ١٣)

ويعامل بهذه الصفة قبل البائع وقبل الغير

لحقه فى العقار يثبت بمجرد الشفعة وقبل الغير بتسجيل حكم الشفعة (مادة ١٨)

وأما التصرفات التى تقع من المشترى للغير قبل إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فهى صحيحة لازمة

فإذا باع المشترى العقار أو رهنه أو رتب عليه أى حق عينى آخر ففعله صحيح

وكذلك إذا قايض به

ويلاحظ أن المقايضة تمنع الشفعة

لكن بعد الإعلان وبعد تسجيله تحرم جميع التصرفات على المشترى كما يحرم على الغير تناول الحقوق منه (مادة ١٢)

وكذلك يحرم على المشترى أن يتصرف إذا كان كلف الشفيع بابداء رغبتـه غير أن هذا التكليف لايؤثر فى حقوق الغير حتما

وكذلك يبقى للغير الذى ترتب له حق عينى على العقار بعد تاريخ التسجيل حق الامتياز أو الأولوية على ثمن العقار الذى يجب على الشفيع دفعه للمشترى (مادة ١٢)

وعلى هـذه القاعدة يكون البيع الثانى أى الحاصل من المشترى إلى ثالث صحيحا إذا وقع قبل الإعلان وفاسدا إذا وقع بعده وباطلا إذا وقع بعد التسجيل

ففى الحـالة الأولى أى حالة بيع المشفوع قبل إعلان الشفعة يكون الشـفيع ملزما بالثمن الأخير للمشترى الأخير

ولاتقام الدعوى إلا عليه دون المشترى الأول (مادة ٩)

في البناء والغراس

يجوز أن يقيم المشترى على العقار بناء أو يغرس فيه غراسا فإن وقع ذلك قبل طلب الأخذ بالشفعة فالخيار للمشترى على الشفيع إما أن يأخذ ماصرفه أو مقابل مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس

وإن وقع البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فالخيار للشفيع إن شاء كلف المشترى بالإزالة وإن شاء استبق البناء أوالغراس ودفع قيمة الأدوات وأجرة العمل

وعلى كل حال فالشفيع ملزم بدفع ما صرفه المشترى فى سبيل صيانة العقار وحفظه (مادة ١٠)

الفرع الثامن — فى مسقطات الشفعة

تسقط الشفعة فى الأحوال الآتية (مادتى ١٩ و ٢٢):

١ — السكوت عن إبداء الرغبة بعد العلم بخمسة عشر يوما

٢ — عدم إقامة الدعوى بعد الإعلان بثلاثين يوما

٣ — بعد مضى ستة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع وهذا يسرى على الصغير والمحجور عليه

٤ — بتنازل الشفيع عن حقه

والتنازل يكون إما صراحة أو ضمنا

ويحصل التنازل الصريح فى أى وقت لغاية يوم الحكم

ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع رضى بملكية المشترى للعقار (مادة ٢٠)

مثال ذلك : استئجار الشفيع من المشترى للعقار المبيع ودفع قيمة الإيجار للمشترى إن كان العقار مؤجرا من قبل البائع قبل البيع

وكذلك الاتفاق على حقوق الارتفاق أوقسمة العقار قسمة زراعية إن كان مشتركا

فإذا لم يكن قد سقط الحق فى الشفعة صار كل خصم حرا أمام خصمه فى إثبات مايدعيه الشفيع فيما يتعلق بإثبات حقه والمشفوع منه فيما يتعلق بنفى ذلك

تتمة ـ فى الوقف

نصت المادة (٤) على أن «لاشفعة للوقف»

ولكنها لم تنص على جواز أخذ الشفعة من الوقف أوعدمه والنص على حالة وترك أخرى يفيد الإباحة

فالشفعة جائزة من الوقف

الفصل السادس

فى التملك بمضى المدة

للزمان أثر فى كل شئ حتى فى الحقوق وأثر الزمان فى الحقوق نوعان : موجب وسالب

الموجب هو الذى يؤدى إلى اكتساب الملكية أو الحقوق العينية

السالب هو الذى يؤدى إلى سقوط التعهدات أيا كانت

وقد فصل القانون بين النوعين فذكر مضى المدة الموجب فى باب أسباب الملكية والحقوق العينية والثانى فى باب انقضاء التعهدات

ولما كان النوعان مشتركين فى أحكامهما الأساسية (مادة ٢٠٥) كان من المفيد إيرادهما فى مبحث واحد لأن ذلك أجمع للقواعد وأدعى إلى بيانها وسنبدأ بذكر هذه الأحكام ثم نفصل ما اختص بكل نوع ونلاحظ أن اكتساب ملكية الأعيان المنقولة بمضى المدة خارج عن هذه الأحكام وقد أفردناه بمبحث خاص فى آخر الفصل

الفرع الأول ــ فى الأحكام العامة لمضى المدة

والأحكام التى تسرى على مضى المدة الموجب ومضى المدة السالب هى المتعلقة بالوصف والانقطاع والوقوف وكيفية حساب الزمن وحكم القانون اللاحق فى مضى المدة

المبحث الأول ــ فى وصف مضى المدة

١ ـ مضى المدة مقرر فى فائدة الأفراد فهم الذين يجوز لهم التمسك به ولا يجوز للحاكم أن تحكم به من تلقاء نفسها ولا بد فى التمسك به من طلبه صراحة فلا يجوز استنتاجه من وقائع أو طلبات أخرى

٢ ـ متى تمسك أحد الخصمين بمضى المدة وجب على القاضى أن يقضى به إذا توفرت شروطه ولا يجوز له مع توفر تلك الشروط أن يرفضه لأى سبب كان

٣ ـ الخصم الذى يتمسك بمضى المدة مأخوذ بقوله بمعنى أن نوع مضى المدة الذى يتمسك به هو الذى ينظر فيه القاضى دون غيره وإن تبين له من أحوال الدعوى أن هناك نوعا آخر كان يجوز التمسك به بدل الأول لسهولته

مثال ذلك : زيد يسترد من بكر عقارا بدعوى أنه يملكه وبكر يدعى أنه اكتسب ملكية ذلك العقار بمضى خمس عشرة سنة مع أنه كان اشتراه بنية حسنة وكان يكفيه أن يحتج بمضى خمس سنين ففى هذه الحالة ليس للقاضى أن ينظر فى حسن النية وعقد الشراء ويقضى بالملك لبكر بناء على أنه اكتسبه بمضى خمس سنين بل يجب عليه أن يقصر بحثه على مضى مدة الخمس عشرة سنة

٤ ـ يجوز التمسك بمضى المدة فى أى حالة كانت عليها الدعوى أعنى أن لصاحب الحق فيه إبداءه أمام محكمة الاستئناف ولو لم يدفع به أمام المحكمة الابتدائية

٥ ـ لمن له حق التمسك بمضى المدة أن يتركه فى أى وقت شاء

ولا يجوز الترك إلا ممن كان ذا أهلية تامة للتصرف فلا يجوز للولى أو للوصى أو القيم أن يتركه

ولا يجوز الترك مقدما أعنى قبل تمام المدة المقررة فى القانون لأن الترك يفيد التمكن من الحق المتروك ولا تمكن قبل التحقق والتحقق لايتم إلا بتمام المدة (مادة ٨٠)

والترك يكون صراحة أو ضمنا

فالترك الضمنى يكون بصدور أمر ممن له حق التمسك بمضى المدة يفيد أنه غير متشبث به

مثال ذلك : المدين الذى يطلب مهلة من دائنه ليدفع دينا سقط الحق فيه بمضى المدة وواضع اليد الذى يستأجر العقار من مالكه مع سبق وضع يده عليه المدة الطويلة أو يحاسبه على غلته وهكذا. لكن يجب أن يكون الترك الضمنى صادرا عن علم التارك بثبوت حقه فى التمسك بمضى المدة أما إذا كان يجهل ذلك فالأعمال التى تصدر عنه لاتؤخذ عليه وإن أفادت الترك عادة

مثال ذلك : وارث وجد عقارا ضمن التركة ولم يجد به عقدا فجاءه أحدهم وأفهمه أن العقار كان أمانة أو مرهونا تحت يد مورثه وطلب ردّه فصدّقه الوارث وسلمه العقار مع أنه كان تحت يد المورث يستعمله بصفة مالك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر فتسليم العقار فى هذه الحالة لا يتخذ دليلا على أن الوارث ترك حق التمسك فى ملكيته بمضى المدة

٦ ـ إذا حصل من الترك إضرار بحقوق الغير كالدائن جاز لصاحب الدين أن لا يعتبره وأن يستعمل حقوقه على الشئ موضوع الترك كما لو كان ملكا للتارك

وعلى الدائن إثبات غش موكله (راجع ص ٣٦٧)

ولا يؤثر الترك الحاصل من أحد المدينين المتضامنين فى حق الباقين فلهم أن يحتجوا بمضىّ المدة بالنسبة لأنفسهم وكذا الكفيل لا يتأثر بترك المكفول حقه فى مضىّ المدة (مادة ٢٠٧) ولا يضر تنازل أحد الدائنين لمدين واحد بباقى الدائنين (مادة ٢٠٦)

٧ ـ تضم مدة السلف إلى الخلف فإذا وضع أحد يده على عقار ثم توفى واستمر وارثه واضعا يده ضمت المدتان وفى هذه الحالة إذا كان المورث غير حسن النية انتقل العيب إلى الوارث فلا يملك إلا بخمس عشرة سنة وكذا إذا لم يكن للمورث سند صحيح (مادة ٧٧) وتضاف المدة أيضا فى سقوط الحقوق كما لو وجب الدين على المورث ثم توفى قبل أدائه واستمر سكوت الدائن إلى أن انقضت مدة الخمس السنين من تاريخ استحقاقه الدين

كل إنسان يمكنه أن يتمسك بمضىّ المدة حتى فاقد الأهلية

المبحث الثانى ـ فى انقطاع مضى المدة

إذا انقطع سريان المدة سقط الزمن السابق على الانقطاع (مادة ٨١)

وهو نوعان طبيعىّ وحكمىّ

والطبيعىّ خاص بمضىّ المدة الموجب والحكمىّ عام

١ ـ فى انقطاع مضى المدة الحكمى

هو أثر فعل يصدر من صاحب الحق المهدّد بالزوال بمضى المدة قبل تمامها فيضيع به ما فات منها وهو يحصل بأحد الأسباب الآتية :

السبب الأول ـ التقاضى فى الحق المهدّد بأن يرفع صاحبه دعوى على الذى ينتفع بمضىّ المدة (مادة ٨٢)

مثال ذلك : عقار زيد فى يد بكر منذ ثمان سنين ، زيد يقيم دعوى على بكر يطلب عقاره فبمجرد وصول الإعلان إلى بكر تزول المدة السابقة

ويجب أن يكون الإعلان صحيحا

فإن كان لاغيا فلا أثر له

وتقديم الدعوى إلى محكمة غير مختصة لا يعتبر مبطلا للإعلان فهو يقطع المدة متى كان صحيحا فى ذاته ، ويشترط أيضا فى انقطاع المدة بالخصومة أن يحكم للمدّعى فإذا رفضت دعواه فكأنه لم يعمل عملا

وكذلك يزول كل أثر ترتب على الإعلان إذا ترك المدّعى دعواه مدة ثلاث سنين لأن تلك المدة كافية فى بطلان المرافعة وإذا تنازل عن دعواه بعد نشوءها لأن التنازل يسقط جميع الإجراآت السابقة ومنها إعلان الدعوى فيزول الانقطاع المترتب عليه ويتصل الزمن اللاحق بالسابق

السبب الثانى ـ تنبيه صاحب الحق المهدّد على المنتفع بسريان المدة تنبيها رسميا صحيحا برد المال أو إيفاء التعهد سواء كان دينا أو غيره (مادة ٨٢)

ويجب أن يكون التنبيه رسميا أعنى على يد محضر وأن يكون صحيحا فإذا حكم ببطلانه زال أثره

لكن لا يجب أن تتلوه إقامة الدعوى

والتنبيه إنذار على يد محضر يكلف فيه صاحب الحق من هو ملزم به بوفائه وتهديده باتخاذ الوسائل القانونية ضدّه إذا لم يذعن للطلب

وهو لا يكون إلا بناء على سند واجب التنفيذ كعقد رسمىّ أو حكم فإن لم يكن بيد صاحب الحق سند رسمىّ فالإنذار مهما كانت ألفاظه لا يعدّ تنبيها ولا يترتب عليه انقطاع المدة إلا إذا اشتمل على خصومة أعنى تكليف المعلن إليه بالحضور أمام المحكمة ليسمع الحكم بإلزامه بحق الطالب

السبب الثالث – اعتراف المنتفع من سريان المدة بالحق كاعتراف واضع اليد على العقار بملكية صاحبه وكاعتراف المتعهد بما تعهد به ووجوبه عليه

والاعتراف يكون صراحة أو ضمنا

ويؤخذ الاعتراف الضمنىّ من عمل أو قول يصدر من المنتفع بمضىّ المدة كما ذكر فى الترك (راجع ص ٩٩)

٢ – فى انقطاع مضىّ المدة الطبيعى

هو الذى يترتب على زوال اليد (مادة ٨١) واليد تضيع بأحد الأسباب الآتية :

الأول – إزالة اليد قهرا

مثال ذلك : زيد واضع يده على عقار ومضى على ذلك أربع عشرة سنة وهو يستغله ولو بقى فى يده سنة واحدة أخرى فإنه يصير مالكا ملكا نهائيا لجاء بكر ونزع العقار من يده قبل تمام السنة الخامسة عشرة سواء كان ذلك بناء على حق شرعىّ أو بطريق الغصب ففى هذه الحالة يضيع الزمن الماضى كله على زيد لأن العقار خرج من يده

لكن يشترط فى الغصب أن يدوم سنة أما إذا تمكن زيد من استرجاع العقار من يد بكر أو إذا رفع عليه دعوى منع التعرض قبل مضىّ سنة ونجح ولو بعد زمن أكثر من سنة فإن المدة الماضية تكون له

وإذا رفضت الدعوى فإن المدة تضيع حتما

الثانى – زوال اليد بالترك

مثال ذلك : زيد ترك العقار الذى كان بيده فلا عاد يزرعه إن كان غيطا أو يسكنه إن كان دارا وإذا تعدى عليه أحد لا يسأله الكف عن تعديه

السبب الرابع – انتقال اليد إلى غير المنتفع بانتقال الحق المنتفع به وفيه تفصيل (مادة ٧٧)

إن كان كل من الناقل والمنقول حسن النية فلا انقطاع وإن كان أحدهما سيء النية انقطعت المدة هذا إذا لم تكن تمت وثبت الملك للناقل

وأما الإيجار أو ترتيب حق عينىّ كالانتفاع والسكنى فلا أثر له على مضىّ المدة

ومتى انقطعت المدّة لاتتصل ثانيا فإذا رجع العقار ليد زيد ثانيا واستغله سنة أو أكثر فلا يجوز له أن يضم هذا الزمن إلى الزمن الماضى وإنما له أن يبدأ بدا جديدة منذ رجوع يده على العقار

المبحث الثالث — فى وقوف سريان المدّة

وقوف سريان المدّة أن يعرض أمر يحول دون استمرارها زمنا وإذا وقف سريان المدّة بقى الزمن السابق على تاريخ الوقوف معلقا حتى يزول سببه ومتى زال جرت المدّة ثانية وأضيف الزمن السابق إلى الزمن اللاحق ويقف سريان المدّة فى حالتين (مادتى ٨٤ و ٨٥) :

الحالة الأولى — حالة الصغر أو الحجر

يقف سريان المدّة ضد الصغير والمحجور عليه إذا كانت أكثر من خمس سنين سواء كان مضى المدّة موجبا أو سالبا

مثال ذلك : زيد واضع يده على عقار بكر بغير سبب منذ عشر سنين ثم مات بكر وترك صغيرا هنا يقف سريان المدّة بالنسبة لزيد حتى يبلغ الصغير رشده فإذا استمر زيد واضعا يده على العقار بعد ذلك ومضى خمس سنين أخرى من تاريخ بلوغ الرشد أضيفت المدّة السابقة إلى المدّة اللاحقة وتم له ملك العقار

ومثال الحجر : هو أن يكون زيد صاحب العقار رشيدا من يوم وضع يد الغاصب وقبل انقضاء الزمن المحدد لمضى المدّة يحجر عليه وحالة الحجر كحالة الصغر

ومثله إذا حكم للدائن بحقه على المدين ثم توفى الأول قبل التنفيذ وترك قاصرا يقف سريان المدّة لأن الحكم لا يزول إلا بخمس عشرة سنة وكذلك يوقف سريان الزمن بالنسبة للصغير أو المحجور عليه فى الملك الذى يكتسب بمضى خمس سنين

مثال ذلك : اشترى زيد عقارا من شخص يعتقد أنه مالك بعقد صحيح وكان العقار مملوكا لغير البائع . لايتم الملك لزيد إلا إذا مضى على وضع يده خمس سنين

لكن إذا كان المالك الحقيقى صغيرا أو محجورا عليه وكان البيع حاصلا أثناء الصغر أو الحجر فإن مضى المدّة لايسرى أصلا

فإن كان البيع حاصلا فى حياة مورث الصغير أو فى الزمن الذى كان فيه المحجور عليه رشيدا ثم حدثت الوفاة وانتقل الملك إلى الصغير أو حصل الحجر على الذى كان رشيدا وقف سريان المدة

وفيما عدا هذين الاستثناءين يجرى حكم مضى المدة بنوعيه على الصغير والمحجور عليه كما يسرى على غيرهما بلا فرق .

الحالة الثانية ــ إذا منعت القوة القاهرة صاحب الحق من المطالبة به منعا كليا كما لو أسر صاحب الحق فى حرب أو حصل غرق شديد منع المواصلات بينه وبين المحكمة منعا كليا أو أعلنت الأحكام العرفية فى البلد ووقف سير القضاء

المبحث الرابع ــ فى حساب زمن مضى المدة

لايدخل يوم الابتداء فى حساب زمن مضى المدة وأما يوم الانتهاء فهو منها فإذا حدث سبب من أسباب انقطاع المدة أو إيقافها فى اليوم الأخير أنتج النتيجة المترتبة عليه

مثال ذلك : وضع زيد يده على عقار بكر فى أول المحرم سنة ١٣١١ واستمر على ذلك لغاية ذى الحجة سنة ١٣٢٥ والمراد معرفة اليوم الذى تم له ملك العقار

يحذف من الحساب يوم أول المحرم سنة ١٣١١ الذى بدأ فيه وضع اليد وتكمل الخمس عشرة سنة فتتم فى اليوم الأول من شهر المحرم سنة ١٣٢٦ لا فى يوم ٣٠ ذى الحجة سنة ١٣٢٥ فإذا رفعت عليه دعوى يوم ٢ المحرم سنة ١٣٢٥ لايترتب عليها أثر لكن إذا وصله الإعلان يوم أول المحرم سنة ١٣٢٥ ضاع عليه الزمن الماضى كله

ويبدأ زمن مضى المدة بالنسبة للتعهدات والحقوق من يوم وجوب الوفاء وبالنسبة للأطباء من يوم آخر عيادة للمريض وللعملة من آخر يوم فى العمل وذلك كله فى مضى المدة بثلاثمائة وستين يوما

والسنون المعتبرة هى السنون العربية لا السنون الميلادية

المبحث الخامس ــ حكم القوانين اللاحقة فى مضى المدة

تسرى القوانين الجديدة على مضى المدة إذا لم يتم قبل صدورها

مثال ذلك : إذا كان القانون الحالى قضى بملكية واضع اليد على العقار بناء على سبب صحيح بمضى خمس سنين وقبل تمام المدة المذكورة ولو بيوم واحد صدر قانون

يجعل المدة سبع سنين بدلا من خمس فحكمه يسرى على واضع اليد المذكور ويلزم له الاستقرار يوما وسنتين حتى يصير مالكا

ويجوز أن يكون القانون الجديد مانعا من إتمام المدة بالمرة كما لو قرر عدم جواز اكتساب بعض الحقوق بمضى المدة مهما طال ويخال أنه إذا كانت المدة الجديدة أقل من المدة القديمة تنطبق القاعدة بذاتها كما لو كانت المدة الجديدة فى المثال السابق ثلاث سنين بدلا من خمس وكان مضى على وضع اليد ثلاث سنين كاملة لكنهم رأوا أن الحكم بذلك يكون غبنا على المالك إذ يجوز أن يكون غائبا ولم يعد إلا بعد ثلاث سنين وكان ذلك أول علمه بيد الغير على ملكه ولايقاس حال المنتفع بحاله لأن الأول طامع فى الكسب فإن كان غاصبا فطمعه معيب وهو متعد ولا حق له فى الشكوى من قانون يزيد المشقة على المتعدى

وإن كان ملتزما بدين أو بفعل أمر أو بالامتناع عنه فتأخيره فى الوفاء بما التزم به إهمال بل هو خلاف الواجب عليه ولا يستفيد المرء من إهماله

بقيت حالة واضع اليد على العقار بسبب صحيح وحسن نية كمن اشترى عقارا ممن يعتقد أنه مالك له وكان غير مالك

وهذه الحالة دقيقة لأن أسباب المالك الحقيق باقية على وجاهتها ولكن المشترى أيضا معذور فى اعتقاده لأنه لم يهمل فى شئ حتى يؤاخذ باهماله

والرأى الراجح قسمة المدة التى نقصها القانون الجديد بنسبة المدة التى كانت مقررة فى القديم

مثلا : إذا كانت المدة القديمة خمس سنين والجديدة ثلاث فالنقص قيمة الخمسين أعنى سنتين يؤخذ الخمسان من السنتين أى أربعة أشهر وأربعة وعشرون يوما ويضاف ذلك إلى المدة الجديدة وبذلك يكون عند صاحب الحق الأصلى زمن كاف لطلب حقه ولا يغبن المنتفع غير المهمل غبنا كبيرا

ويجوز أن يكون القانون الجديد مانعا من ضياع الحق المهدد بمضى المدة كما لو قرر عدم جواز امتلاك بعض عقار الغائب بمضى المدة مهما طالت

هذا القانون يكون معمولا به لصدوره فى المنفعة العامة

هـذه هى الأحكام العامة التى تسرى على مضىّ المدة بنوعيه أى الكاسب للملكية والحقوق العينية أو المبرئ من التعهدات

ويختص بعد ذلك كل من النوعين بأحكام أخرى وهى الآتية

الفـــرع الثـانى ــ فى الأحكام الخاصة بمضى المدة الموجب

مضىّ المدة الموجب خاص باكتساب الملكية وبعض الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق المرور وحق السكنى وحق المطل إذا دام الزمن المقرر فى القانون

وله ركن وشرط

فالركن هو وضع اليد والشرط هو انقضاء الزمن المقرر فى القانون

المبحث الأول ــ فى وضع اليد وما يشترط فيه

١ ــ حقيقـــة وضع اليـــد

وضع اليـد تعمد حيـازة الشئ حيازة مســتأثر بمنـافعه ومتصرف فيـه استئثار المالك وتصرفه

ويؤخذ من ذلك أن اليد ونية التملك أمران متلازمان إذا فقد أحدهما فلا أثر للثانى فى التملك بمضىّ المدة

ومن المعلوم أن الإنسان يضع يده على الشئ بنفسه أو بمن يقوم مقامه كالوكيل والوصىّ

وعليه إذا كان للحائز صفة ظاهرة غير صفة المـالك فانه لا يملك مهما طالت مدة حيازته (مادتى ٧٩ و ٨٣)

فلا يجوز للوكيل أو المستأجر أو الوديع أو المستعير أو المرتهن أو صاحب الحق فى حبس الشئ أن يحتج على مالكه الأصلىّ بوضع يده عند طلب الشئ منه

وإنمـا يجوز لهم ذلك إذا غيروا نياتهم بالنسبة للشئ الذى فى يدهم

وتغيير النية يكون بالقيام فى وجه المـالك الأصلىّ وإنكار حقـه فالمستأجر يغير نيته بعدم دفع الأجرة والادعاء بأنه المـالك واستمراره على ذلك أو بعدم ردّ العقار إلى المؤجر بعد انقضاء مدة الاجارة مدعيا أنه مالك

وكذلك الوكيل يغير نيته بعدم تقديم الحساب بدعوى أنه هو مالك العقار

ويجوز أن يحصل تغيير النية بإعلان المالك الأصلى بذلك أعنى أن صاحب الحيازة يعلن المالك بأنه يعتبر نفسه مالكا دونه

ويجوز أن يحصل ذلك التغيير بناء على التعاقد مع الغير

مثال ذلك : زيد يدير أملاك بكر بصفته وكيلا بجاءه خالد وأفهمه أن أحد العقارات التى يديرها مملوكة له هو لا لبكر فاشتراه منه

إلا أنه يجب على زيد فى هذه الحالة أن يعلن موكله بذلك وإلا فإن وكالته لاتزول ولا يعتبر تغيير نيته

ووضع اليد على الشئ يكون بحسب طبيعة الحق المنوى كسبه

فحق الملكية وحق الانتفاع والسكنى يحتمل الحيازة الفعلية ولذلك لابد منها فى كسبها وأما الحقوق العينية الأخرى فمنها ما هو مستمر ومنها ما هو غير مستمر فالمستمرة هى التى لا تحتاج إلى الفعل المتكرر من قبل المنتفع من وضع اليد بل هى تدوم متى بدأت كحق المطل على ملك الجار متى فتحت تظل مستمرة حتى تسد وحق الشرب يبدأ بحفر القناة و يستمر مادامت موجودة

ووضع اليد على هذه الحقوق يبدأ ببدايتها كما تقدم و يستمر باستمرار العمل الذى وقع

والحقوق غير المستمرة هى التى تحتاج على الدوام فى وجودها لتكرار بدايتها لأنها لا توجد إلا بالاستعمال الدائم فإذا بطل الاستعمال زال الحق كحق المرور فإنه متى ذهب الطامع فيه من أرض الجار بدأت يده فإذا أتم ذهابه انقطعت اليد وبعودته تعود وهكذا والغرض من استمرار الاستعمال ما تحتمله العادة ومتى دام الانتفاع خمس عشرة سنة أو خمس سنين على حسب الأحوال يثبت الحق ولا يزول إلا لأحد الأسباب المسقطة

ثم إن كلا من النوعين إما أن يكون ظاهرا كحق الشرب وحق المرور الشخصى وحق المطل وإما أن يكون خفيا كحق وضع المواسير فى جوف أرض الجار وحق منع صاحب العلو من الزيادة فى ارتفاعه ولكن ذلك لايؤثر فى الحكم فى وضع اليد والمعتبر هو التقسيم الأول ومن أثبت وضع يده فى زمن معين وكان واضعا يده فى الحال اعتبر واضعا يده فى الزمن الواقع بين الوقتين إلا إذا أثبت منازعه غير ذلك (مادة ٧٨)

٢ ـــ شروط وضع اليـــد

لوضع اليـد القانونيّ المؤدى إلى اكتساب الملكية صفات يجب أن تتوفر فيه وإلا كان معيبا وعيبه يمنع أثره

الصـفة الأولى ـ أن يكون ظاهرا بمعنى أن بدايته تكون بعمل محسوس للمالك

مثال ذلك : زيد يحفر قناة فى أرض بكر أو يضع ماسورة فى جوفها بالنهار فإن كان وضعها بالليل خلسة ولم يترك العمل أثرا فاليد غير ظاهرة

الصفة الثانيـة ـ أن يكون هادئًا بمعنى أن بدايته لم تكن بالإكراه وكذا استمراره

أما إذا كان صاحب الحق مكرها على احتمال يد الأجنبيّ فهى معيبـة ويدوم عيبهـا بدوام عليه

مثال ذلك : زيد ذو سلطان قاهر تعدّى بقدرته على جاره واغتصب قطعة من أرضه جعلها جزءا لحاصلاته أو مربطا لمـاشيته وكلما حاول الجـار استرداد ملكه وجد أمامه هذا القويّ . اليد معيبة مادامت تلك القوة

فإذا زالت القوة واستمرت اليـد كانت مؤدّية إلى كسب الحق بمضيّ المدّة من يوم زوال العيب المذكور

ولا فرق بين الإكراه الفعليّ والإكراه المعنويّ متى كان تأثيره فى المتعدى عليه محققا

الصفة الثالثـة ـ أن تكون اليد مستمرة بمعنى أن استعمال الشئ الموضوع عليه اليد يكون متجددا بحسب العـادة كحق المرور يعتبر مستمرا مادام الذهاب والإياب حاصلا طبقا للمألوف وكذلك صاحب حق الانتفاع فى أرض الصعيد التى بالحيضان يزرع الأرض مرة فى السنة ثم يتركها بلا زرع إلى أن يأتى الموسم الثانى

الصـفة الرابعـة ـ أن لا تنقطع اليد بسبب من أسباب الانقطاع القـانونية (راجع ص ١٠٠)

فإذا انتفت عن اليد إحدى الصفات المذكورة فإنها تزول أو تنقطع كما سبق ذكره

وأما إذا استمرت المدّة القانونية فإنها تؤدّى إلى امتلاك الحق المرغوب فيه

المبحث الثانى — فى زمن مضىّ المدّة الموجب

يختلف الزمن اللازم استمرار وضع اليد فيه لاكتساب الملكية والحقوق العينية باختلاف حالة الشئ الموضوع تحت اليد و باختلاف حالة واضع اليد

فالشئ الموضوعة اليد عليه إما أن يكون وقفا أومملوكا والزمن اللازم لاكتساب ملكية الأموال الموقوفة بمضىّ المدّة هو ثلاث وثلاثون سنة (مادة ٣٧٦ لائحة شرعية)

وأما واضع اليد فقد يكون وارثا واضعا يده على حق شريكه فى الإرث أو غير وارث

فإن كان وارثا فالزمن اللازم لاكتسابه حق شريكه ثلاث وثلاثون سنة أيضا (مادة ٣٧٦ لائحة شرعية)

وإن كان غير وارث اختلف الزمن باختلاف سنده ونيته

فإن كان لاسند له فى وضع يده على العقار أوغير حسن النية فلا يتمّ له الملك إلا بمضى خمس عشرة سنة (مادة ٧٦)

وإن كان حائزا للشرطين معا تم له الملك بمضىّ خمس سنين (مادة ٧٦)

١ — السند الصحيح

السند الصحيح هو العقد الذى لو كان صادرا من مالك لانتقلت الملكية منه إلى المتعاقد معه

مثال ذلك : زيد يسكن دارا و بكر اشتراها منه على أنها ملكه والحقيقة أنه غاصبها ولم يكتسب ملكيتها بمضىّ المدة أو مستأجرها من مالكها الغائب . لوكان زيد مالكا للدار لانتقلت ملكيتها لبكر لكن فاقد الشئ لايعطيه وعليه يبقى الملك معلقا

فإذا كان بكر حسن النية كما سيجىء جازله أن يكتسب ملكية الدار بعد مضىّ خمس سنين من تاريخ عقده

وقد يكون زيد فاقد الأهلية أو مكرها على البيع أو مغشوشا فيه فوجب بيان إن كان العقد الصادر فى حالة من هذه الأحوال يعتبر سندا صحيحا أو لا

وليلاحظ أن وصف الصحة خاص بوضع اليد المكسب للملكية فليس المراد به صحة العقد من حيث شروطه التى لايتمّ إلا بها بل المقصود سند معتبر فى باب مضىّ المدة

(أ) التعاقد مع فاقد الأهلية

التعاقد مع القاصر غير المميز باطل من أصله فلا يعتبر سندا صحيحا

فإذا كان القاصر مميزا فالتعاقد يعتبر سندا صحيحا

ولا خوف على القاصر من ذلك لأن مضى المدة لا يسرى عليه فى مسائل العقار مادام قاصرا وبعد بلوغ الرشد يكون له حق فسخ العقد فالمسئلة لا تتعلق به ولا سيما إذا لوحظ أن التملك بمضى المدة بقصد غير البائع أعنى المالك الحقيقى

وإنما فائدة اعتبار السند صحيحا تظهر بالنسبة لواضع اليد إذا ادعى أجنبى نفس الحق الذى بدأ ذو اليد فى امتلاكه بمضى المدة

مثال ذلك : زيد اشترى من قاصر عقارا وهو يعلم أنه قاصر ووضع يده خمس سنين ثم جاء بكر وادعى ملكية العقار . هنا يجوز لزيد أن يدفعه لأنه امتلك هو العقار بمضى الخمس السنين

فإذا كان القاصر غير مالك للعقار وكان المتعاقد معه يعلم ذلك فحكمه حكم من تعاقد مع غير قاصر

وما قيل فى القاصر يقال فى المحجور عليه

(ب) التعاقد مع المكره

التعاقد مع المكره لا ينفى السند الصحيح إلا أن مدة وضع اليد لا تبتدئ إلا من يوم زوال الإكراه

مثال ذلك : إذا أكره زيد بكرا على أن يبيع له داره ثم وضع يده عليها بعد حصول العقد فإن كان سبب خوف بكر باقيا فوضع اليد معيب لا ينتج شيئا وإن كان السبب قد زال فوضع اليد صحيح من ذلك الحين

(ج) التعاقد مع المغشوش

حكم الغش حكم الإكراه إلا أن وضع اليد يبتدئ من يوم العقد والمراد بالغش هنا هو الذى يبيح للمالك طلب فسخ العقد .

ولا وجه للاعتراض على هذا الحكم لأن للمالك خمس سنين يفقه فى أثنائها الغش ويفسخ العقد بناء عليه

(د) فيما لا يعتبر سندا صحيحا

لا يعتبر سندا صحيحا فى وضع اليد :

أولا — الأحكام ماعدا أحكام مرسى المزاد لأن الأحكام إقرارية لا إنشائية

ثانيا — إعلام ثبوت الوراثة ومن باب أولى الإشهاد بذلك للسبب عينه

ثالثا — القسمة للسبب عينه

رابعا — العقد الباطل لأن الباطل لا يبنى عليه حكم

٢ — حسن النيـة (١)

يشترط مع السند الصحيح حسن نية صاحبه أى المنتفع من مضى المدة ومعنى ذلك أن يكون معتقدا صحة ملكية الذى يتعاقد معه

أما إذا كان يعرف الواقع وأن صاحبه لا يملك فهو سيء النية والقانون لا يحمى من ساءت نيته

وسوء النية أو حسنها يعتبر وقت التعاقد لا بعده

فمن تعاقد وهو حسن النيـة وبعد أن وضع يده عرف الحقيقة فذلك لا يغير زمن مضى المدة أعنى أنه يبقى خمس سنين

المبحث الثـالث — فيما يترتب على مضى المدة الموجب

يترتب على مضى المدة الموجب ما يأتى :

١ — يصير واضع اليد مالكا ملكا باتا

فإذا كان العقار خاليا من حقوق عينية مترتبة اكتسبه حرا

٢ — إن كان عليه حقوق عينية وواضع اليد اعتبره حرا وجرى على ذلك بلا معارضة من أحد زالت تلك الحقوق أيضا

فإن عورض فحكم له اكتسب الملك حرا

(١) لم يذكر القانون حسن النية فى تملك العقار بمضى المدة مع السبب الصحيح ولكن ذلك لا خلاف فيه ولا سيما إذا لوحظ أنه مطلوب فى تملك المنقول (مواد ٦٠٤ و ٦٠٧ و ٦٠٨) ومن المسلم أن تكون حماية المنقول أشد من حماية العقار

٣ – يزول كل عيب فى السند الصحيح مثل الغش والخطأ والإكراه

ويعتبر واضع اليد بالنسبة لصاحب الحق الأصلى مالكا من يوم وضع اليد ويترتب على ذلك أنه لا يلزم برد ثمرة الشئ

٤ – لا تعتبر الحقوق التى يكون صاحب الشئ رتبها عليه بعد وضع اليد إلا إذا اكتسبها أصحابها بمضى المدة وهو نادر لحق المرور

وهذه الأحكام عامة أى أنها سارية على مضى المدة الموجب على اختلاف الأزمان اللازمة فيه

الفرع الثالث — فى مضى المدة المسقط

مضى المدة المسقط خاص بالتعهدات والالتزامات وبالحقوق العينية التى يضيع الحق فيها بعدم استعمالها كحق المرور (مادة ٢٠٤) وهو يتم بمجرد مرور الزمان أعنى أن اليد والنية ليستا مشروطتين فيه لأن علته سكوت صاحب الحق ولكن يشترط فيه أن يكون الدين مستحقا لأنه لو كان وفاؤه موقوفا بسبب من الأسباب فلا تبدأ المدة

مثال ذلك : زيد مدين لبكر فى ألف قرش مستحقة الأداء فى وقت معلوم فإذا حل الأجل ولم يدفع زيد دينه ومضى على ذلك خمس سنين ولم يكلفه بكر بالوفاء سقط الدين وبرئت ذمة زيد

وإن كان التعهد معلقا على شرط توقيفى كما لو تعهد زيد لبكر بألف قرش متى عاد خالد من سفره وجب تحقق العودة حتى يستقر الدين فى الذمة ويجب الوفاء به ومن ذلك الحين يبدأ مضى المدة

ويسرى مضى المدة السابق على التعهدات والحقوق العينية التى تزول بعدم الاستعمال أعنى حق الانتفاع وحق السكنى وحقوق الارتفاق كلها

ومضى المدة المسقط يقف وينقطع وتقدم بيان ذلك

وإنما يلاحظ أنه لا يقف بالنسبة لفاقد الأهلية إلا إذا كانت المدة أقل من خمس عشرة سنة

ويلاحظ أيضاً أن يزاد على أسباب الانقطاع المذكورة فى الأحكام العامة سبب آخر خاص بمضى المدة المسقط وهو الحجز على المدين من قبل الدائن لأن ذلك بمثابة إعلان بل هو آكد فى الإنذار

المبحث الأول — فى زمن مضىّ المدة المسقط

القاعدة العامة أن الزمن اللازم لمضى المدة المسقط هو خمس عشرة سنة لجميع التعهدات على اختلاف أنواعها وكذا الديون تزول بمضىّ خمس عشرة سنة (مادة ٢٠٨)

وهناك أحوال تزول فيها الالتزامات والحقوق بخمس سنين أو ثلاثمائة وستين يوما

١ — فى التعهدات والحقوق التى تسقط بمضى خمس سنين

التعهدات والحقوق التى تسقط بمضى خمس سنين هى (مادة ٢١١):

١ — فائض المرتبات المقررة

٢ — فائدة الديون

٣ — المعاشات

٤ — أجور الأراضى والمنازل والحكر وما يلحق بها كالأموال الأميرية (بالنسبة للمالك لا للحكومة)

٥ — النفقات

٦ — المكافآت التى تعطى للمستخدمين العموميين أو الخصوصيين بصفة معاش دورىّ

٧ — كل ما يستحق دفعه سنويا أو فى دور مدته أقل من سنة كاشتراكات الجرائد والمجلات واشتراكات النوادى والشركات الخصوصية التى يجب دفعها سنويا

٨ — الديون التجارية أى المتعلقة بالكمبيالات والسندات التى تحت الإذن المعتبرة عملا تجاريا والسندات التى لحاملها وكل أمر بالدفع أو بالحوالة وغير ذلك وتبتدئ المدة من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة إن لم يكن صدر حكم فى الدعوى أو لم يعترف المدين بالدين فى سند جديد ويشترط حلف المدين اليمين على براءته من الدين ويحلف من يقوم مقامهم أو ورثتهم أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شئ منه (مادة ١٩٤ تجارى)

ويلاحظ أن الذى يسقط هو ما استحق مما ذكر ومضى عليه خمس سنين فالإيجار مثلا لا يسقط كله وإنما الذى يبرأ منه المستأجر هو القسط الذى مضى على استحقاقه خمس سنين

ولا يدخل فى الحقوق التى يجب الوفاء بها دوريا أقساط ثمن المبيع فإنها جزء من الثمن المذكور وهو لا يسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة

ثم إنه لا يحتج المدين بسقوط الفوائد إلا ضد الدائن فلا يجوز له أى المدين أن يحتج بسقوطها ضد من وفى عنه الدين وفاءً قانونيا ولا ضد الكفيل

٢ ــ فيما يسقط بمضى ثلاثمائة وستين يوما

التعهدات والحقوق التى تسقط بمضى ثلاثمائة وستين يوما هى (مادتى ٢٠٩ و ٢١٠):

١ ــ المبالغ المستحقة للأطباء والمحامين والمهندسين مقابل عملهم وتبتدئ المدة من يوم تقديم كشف الحساب حسب العادة الجارية فإذا كانت أجرتهم مسانهة فالمدة خمس سنين

٢ ــ المبالغ المستحقة للباعة (التجار) ثمن مبيعاتهم ويشترط أن يكون البيع لغير التجار أو للتجار فى غير ما يتعلق بتجارتهم

٣ ــ المبالغ المستحقة للمعلمين على تلاميذهم ومنهم الفقهاء والعرفاء

٤ ــ المبالغ المستحقة للخدم العاديين أى الفعلة وأما من كانت أجرته تدفع شهريا فالمدة فيه خمس سنين

٥ ــ المبالغ المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم عن رسوم الأوراق وتبتدئ المدة من يوم تحرير تلك الأوراق إن كانت مستقلة أى غير تابعة لخصومة قائمة فإن كانت تابعة لخصومة فلا تبتدئ المدة إلا بعد انتهائها

ويشترط مع مضى المدة أن يحلف المدين يمينا على أنه أدى حقيقة ما كان فى ذمته (مادة ٢١٢)

فإن كان اليمين موجها إلى الزوجات والورثة والأوصياء والقوام ووكيل الغائب حلفوا أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق (مادة ٢١٣)

وعلى المحكمة أن تطالب اليمين من تلقاء نفسها إذا لم يطلبه المدعى

المبحث الثانى — فيما يترتب على مضى المدة المسقط

يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار المتعهد بريئاً منه إلا أنه يجب فى مضى المدة بثلاثمائة وستين يوما أن يحلف المدين اليمين من تلقاء نفسه إذا لم يطلب المدعى ذلك

فان كان المدعى عليه زوجا أو وارثا أو وصيا للمدين المتوفى كان حلفه على أنه لا يعلم أن المدعى به مستحق (مادة ٢١٣)

الفرع الرابع — فى مضى المدة بالنسبة لملكية المنقولات

ليس لأحكام مضى المدة الموجب محل فى ملكية المنقول إذا كان وضع اليد مبنيا على سبب صحيح وحسن نية لأن توفر هذين الشرطين وحيازة المنقول كاسبة لها فى الحال طبقا لقاعدة (حيازة المنقول سند ملكيته)

ويستثنى من ذلك حالة ضياع الشئ أو سرقته فان واضع اليد عليه بسبب صحيح وحسن نية لا يملكه إلا بعد مضى ثلاث سنين (مادة ٨٦)

وليس الغرض دوام وضع اليد مدة السنين الثلاث كلها بل مجرد وضع اليد ولو ساعة واحدة أو أقل من ذلك قبل مضى الثلاث السنين كاف

مثلا : لو أضاع زيد متاعه ومضى على ضياعه سنتان وأحد عشر شهرا ولم يبق من الشهر الثانى عشر سوى ساعة واحدة ووضع بكر يده على المتاع فى تلك الساعة بسبب صحيح وحسن نية فهو متملك

فاذا لم يتوفر الشرطان أو أحدهما فلا يجوز اكتساب ملكية المنقول بمضى المدة إلا بمرور خمس عشرة سنة

وحسن النية مفروض فى الأصل فعلى مدعى الملكية أن يثبت سوء نية واضع اليد

وإذا طلب صاحب المال ردّ منقوله المسروق أو الضائع قبل مضى السنين الثلاث أعطى له

فان كان صاحب اليد اشتراه من السوق العامة معتقدا ملكية البائع وجب على صاحبه أن يدفع لذى اليد الثمن

وكذا إن اشتراه ممن يتجر فى مثله عادة (مادة ٨٧)

فاذا لم يكن الشراء من السوق العامة أو ممن يتجر فيه عادة فلا يجب على صاحبه دفع قيمته بل يرجع المشترى على البائع

الباب الرابع
فى زوال الملكية والحقوق العينية

تقضى المادة (٨٨) من القانون المدنى بعدم زوال ملكية المالك بدون اختياره إلا فى الأحوال الآتية :

أولا ـ إذا انتقلت منه لغيره بسبب من الأسباب الموضحة آنفا[١]

ثانيا ـ إذا نزعت منه بناء على طلب مداينيه فى الأحوال المصرح بها فى القانون

ثالثا ـ إذا اقتضت الحال نزع الملكية منه للمنافع العمومية

ونُصّ فى المادة (٨٩) بأن الحكم فى نزع الملكية للمنافع العمومية يكون على حسب المقرر فى القانون المخصوص بذلك

أما زوال الملكية بأحد أسباب تملكها فقد تقدم بيانه (راجع ص ٦٥)

وأما زوالها ببيعها على صاحبها لوفاء ديونه فسيأتى فى كتاب التأمينات (راجع ص ٣٧٧)

وحينئذ ينحصر موضوع هذا الباب فى نزع الملكية للمنافع العمومية

القانون المعمول به الآن فى نزع الملكية هو القانون نمرة ٥ الصادر فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٧ وهو يسرى على الأجانب والوطنيين

وتنقسم أحكام هذا القانون الى قسمين :

القسم الأول ـ يتعلق بنزع الملكية من صاحبها وإضافة المال إلى أملاك الحكومة العمومية

القسم الثانى ـ يختص بالاستيلاء المؤقت على عقار للمنفعة العمومية

فصل ـ فى نزع الملكية للمنفعة العامة

نزع الملكية أخذ العقار من صاحبه قهرا إن لم يعطه اختيارا لمنفعة عامة بشرط تعويضه قيمته

(١) المطلع على هذا النص يعجب كيف وضع فى قانون ولكن العجب يزول إذا عرف أنه مخالف للنص الفرنساوى وترجمته ما يأتى (إذا اكتسبت لغيره فى الحالة الموضحة آنفا) أعنى حالة مضى المدة وهو كلام معقول

في شروط نزع الملكية

يشترط لنزع الملكية ما يأتى :

أولا — صدور أمر عال

ثانيا — تعويض المالك قيمة مانزعت ملكيته منه

الأمر العالى — لا يجوز نزع ملكية العقارات للمنافع العمومية إلا بأمر عال خاص بذلك (مادة ١)

ويصدر الأمر المذكور بموافقة مجلس النظار دون أن يعرض على مجلس شورى القوانين لأن نزع الملكية خاص بصاحبها وإن كان سببه المنفعة العامة

ويجب أن يلحق بالأمر العالى كشفان (مادة ٢) :

الكشف الأول يشمل بيان الأرض أو البناء الذى تقرر أخذه مع بيان صفته ومساحته وحدوده

الكشف الثانى يشمل أسماء الملاك المقيدة فى المكلفة أو فى دفتر عوائد الأملاك المبنية وألقابهم ومحال إقامتهم

فإن كانت العقارات غير واردة بأحد هذين الدفترين فيكون الكشف شاملا لأسماء واضعى اليد عليها وألقابهم ومحال إقامتهم

وينشر الأمر العالى مع الكشفين المذكورين فى الجريدتين الرسميتين ويلصق فى المحل المعد للإعلانات فى المديرية أو المحافظة وفى المحكمة الابتدائية المختلطة والأهلية التى فى دائرتها العقار المنزوعة ملكيته

ويعلن المدير أو المحافظ بالطرق الإدارية صورة من هذا الأمر العالى إلى كل واحد من أصحاب الملك أو واضعى اليد المبينة أسماؤهم فيه

ونشر هذا الأمر فى الجريدتين الرسميتين يترتب عليه فى صالح طالب نزع الملكية مايترتب على تسجيل عقد الملكية من النتائج (مادة ٥)

الفرع الأول — فى من له حق طلب نزع الملكية

أولا — مصالح الحكومة

ثانيا — المصالح العمومية الأخرى كالأوقاف

ثالثا — الشركات وكل شخص يريد أن يعمل عملا ذا منفعة عمومية تقرها الحكومة

الفـــرع الثـانى ـــ فى مقدار ماتنزع ملكيته

تنزع الملكية بقدر مايلزم من العقار لمنفعة العمومية فإن كان لازما كله نزعت ملكيته بأكمله وإلا فبعضه

وكذلك العقارات المجاورة إن كان أخذها لازما للوصول الى الغاية المقصودة من المنفعة العمومية كما ينبغى (مادة ٣)

ولصاحب العقار المبنى الذى ينزع جزء منه أن يطلب أخذه كله وعلى الحكومة أن تجيبه إلى طلبه (مادة ٤)

الفـــرع الثـالث ـــ فى التعويض

يقدر التعويض بالاتفاق مع صاحب العقار المنزوعة ملكيته أو بحكم من المحكمة

المبحث الأول ـــ فى تقدير التعويض بالاتفاق

يعلن المدير أو المحافظ طالب نزع الملكية ذوى الشأن من أصحاب الأملاك بالحضور أمامه فى ميعاد عشرة أيام على الأكثر للاتفاق معه على قيمة ثمن العقار الذى نزعت ملكيته

ويرسل هذا الإعلان فى ظرف أربعة أيام من تاريخ إعلان الأمر العالى

ويكفى فيه خطاب مسجل

وفضلا عن ذلك يلصق إعلان الحضور المذكور فى الجهات التى فيها العقارات المنزوعة ملكيتها (مادة ٦)

إذا كان لأحد على العقار حق منفعة أو إجارة وجب على المالك أن يدعوه إلى جلسة الاتفاق المذكورة ليكون الاتفاق على الثمن بحضوره

فإذا قصر فى دعوته كان مسؤولا وحده أمامه عما يكون له من التعويضات إن لم يكن بيده عقد ثابت التاريخ قبل صدور الأمر العالى بنزع الملكية

فإن كان حق صاحب المنفعة أو المستأجر ذا تاريخ ثابت كان حقه فى التعويض قبل طالب نزع الملكية وقدر له بالطريقة عينها (مادة ٧)

إذا حصل الاتفاق بين المدير أو المحافظ وذوى الشأن من طالبى نزع الملكية وأصحاب الأملاك والمنتفع والمستأجر يحرر محضر به

ويعتبر المحضر المذكور عقدا رسميا واجب التنفيذ (مادة ٦)

ويدفع المبلغ المستحق لأصحابه بناء على شهادة من قلم الرهونات بخلو العقار من الرهن (مادة ٨)

فاذا تبين أن العقار مرهون أو حصلت معارضة من أجنبى فى دفع الثمن لأصحابه أودع المبلغ فى خزينة المحكمة المختصة التى بدائرتها العقار (مادة ٨)

وإذا تخلف بعض أولى الشأن عن الحضور او اتفق بعضهم دون بعض على الثمن وجب على المدير أن يحرر محضرا عقب الاجتماع بأسمائهم وألقابهم ومحال إقامتهم وبيان العقار وأن يرسله إلى رئيس المحكمة المختصة مع الأمر العالى وباقى الأوراق

فان كان الذى لم يحضر أولم يتفق هو المستأجر أو صاحب حق المنفعة دفع الثمن للمالك وأرسل الكشف المذكور للمحكمة كما تقدم للنظر فى التعويض الذى يستحقه صاحب حق المنفعة أو المستأجر المذكوران (مادة ٩)

المبحث الثانى — فى تقدير التعويض من المحكمة

يصدر رئيس المحكمة فى ظرف ثلاثة أيام من ورود الأوراق إليه ومن تلقاء نفسه أمرا بتعيين خبير أو ثلاثة بحسب أهمية المادة لتثمين العقار المبين فى الكشف المرسل إليه من قبل المدير أو المحافظ أو لتقدير التعويضات المستحقة لذوى الشأن الآخرين

ويفضل انتخاب الخبراء من أعيان المدينة أو المديرية ويقدر فى أمر التعيين الميعاد الذى يجب على أهل الخبرة تقديم تقريرهم فيه

ولا يتجاوز هذا الميعاد خمسة عشر يوما (مادة ١٠)

وهذا الأمر غير قابل للطعن (مادة ١١)

١ — فى أعمال أهل الخبرة

يحلف الخبراء اليمين القانونية أمام الرئيس ويتعين فى محضر الحلف اليوم والساعة اللذان تبتدئ فيهما معاينة العقار (مادة ١١)

ويحسن إعلان أولى الشأن بأمر التعيين ومحضر حلف اليمين

لكن يجب على الخبراء أن يخطروهم باليوم الذى يشرعون فيه بعملهم قبل الشروع بستة أيام على الأقل ليتمكنوا من حضور المعاينة

ويكون الإخطار بمكتوب مسجل فى البريد

وعلى الخبراء أن يرفقوا بتقريرهم وصل البريد بكل مكتوب أرسلوه إلى أولى الشأن (مادة ١٢)

يجب على الخبراء أن يراعوا قواعد أعمال أهل الخبرة المنصوص عنها فى قانون المرافعات ماعدا مانص عنه فى هذا القانون (مادة ١٢)

٢ – كيف يقدر الثمن

يقدر ثمن العقار بدون مراعاة ما قد ينشأ عن نزع ملكيته من الزيادة فى قيمته إذا كان نزع الملكية شاملا للعقار كله

فإن كان قاصرا على جزء منه وجب أن يكون تقدير ثمن هذا الجزء باعتبار الفرق بين قيمة العقار جميعه وبين قيمة الجزء الباقى منه للمالك (مادة ١٣) أعنى أنه إذا زادت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العمومية وجب مراعاة تلك الزيادة فى تقدير ثمن الجزء المنزوعة ملكيته

وإذا أوجب نزع ملكية الجزء نقص قيمة الباقى وجب أن يراعى هذا النقص فى تقدير قيمة الجزء المأخوذ للمنافع العمومية

ويشترط على كل حال أن لا يزيد المبلغ الواجب إضافته أو نقصه عن نصف مايستحقه المالك ثمنا للجزء المأخوذ بحسب القاعدة المتقدمة (مادة ١٤)

ويجب على أهل الخبرة أن يراعوا فى تقدير الثمن ما بالمكان من المبانى التبعية أو الغراس أو التحسينات وكذا قيمة الإيجار المعقود بين المالك والمستأجر

لكن إذا ثبت أن تلك الأعمال إنما اتخذت للحصول على ثمن أكبر وجب إهمالها

وهى تعتبر كذلك إذا كان حدوثها بعد نشر الأمر العالى بنزع الملكية

ولا يكون للمالك حق فى قلع المبانى أو الغراس إلا إذا كان قلعها لا يضر بالأعمال المقتضى إجراؤها فى المنفعة العامة

وعلى كل حال فهو المكلف بمصاريف ذلك (مادة ١٥)

يحرر الخبراء محضرا بأعمالهم طبقا لما هو مقرر فى قانون المرافعات ويقدمونه مع تقريرهم إلى رئيس المحكمة الصادر منها أمر التعيين

وكلما عين خبير لتقدير قيمة التعويض المستحق لصاحب العقار عن حرمانه من الانتفاع به مدة الاستيلاء المؤقت وجب عليه أن يقدر أيضا قيمة العقار (مادة ٢٦)

ويقدر الرئيس أتعاب الخبراء ومصاريفهم ويرسل التقرير والمحضر إلى المدير أو المحافظ (مادة ١٦)

ويعلن فى الحال طالب نزع الملكية بذلك وحينئذ يجب عليه أن يودع فى خزينة المحكمة ما يأتى :

اولا — الثمن الذى قدره أهل الخبرة

ثانيا — مصاريف الإيداع

ثالثا — المصاريف والأجرة التى قدرت للخبراء

وإن كان له معارضة يرجع بمصاريف أهل الخبرة على الطرف الذى يرفض طلبه (مادة ١٧)

تقدم بهذا الإيداع شهادة لناظر الأشغال العمومية فيصدر قرارا وزاريا بالاستيلاء على العقار المنزوعة ملكيته (مادة ١٨)

وتعلن جهة الادارة هذا القرار إلى ذوى الشأن إعلانا تكلفهم فيه بالتخلى عن العقار فى ميعاد خمسة عشر يوما فإن لم يذعنوا أخذ منهم قهرا

لكن إذا كان التنفيذ واجبا فى محل إقامة شخص أجنبى وجب إخطار القنصلية التابع لها قبل الشروع فيه (مادة ١٩)

ولا يشرع فى التنفيذ القهرى إلا بعد مضى ثلاثين يوما من تاريخ إعلان القرار الوزارى ليتمكن أولو الشأن من تقديم معارضتهم فى تقرير الخبير

٣ — فى الطعن فى أعمال أهل الخبرة

لأولى الشأن أن يطعنوا فى عمل الخبراء

ويقدم الطعن إلى المحكمة الابتدائية بالطرق المقررة لذلك فى قانون المرافعات

ومدة الطعن ثلاثون يوما من إعلان القرار الوزارى المذكور

فاذا انقضى الميعاد المذكور ولم يحصل طعن فى عمل أهل الخبرة صار نهائيا (مادة ٢٠)

إذا حصل الطعن من غير طالب نزع الملكية جاز لمقدمه أن يأخذ المبلغ المودع فى خزينة المحكمة مع مراعاة ماهو منصوص عنه فى المادة الثامنة أعنى من حيث المعارضة فى الدفع أو وجود رهن على العقار

ولا يكون ذلك مسقطا لحقهم فى زيادة الثمن التى قد تترتب على معارضتهم

أما إذا كان الطعن من طالب نزع الملكية فيجب انتظار ماتقضى به المحكمة (مادة ٢١)[1]

الفرع الرابع — فى الاستيلاء على العقار مؤقتا

لاحظ القانون أن الاحوال قد تدعو إلى الاستيلاء على عقار استيلاء مؤقتا وأن الضرورة القاضية بذلك لاتسمح بانتظار الإجراآت الاعتيادية فوضع لذلك أحكاما خاصة والاستيلاء المذكور على نوعين استيلاء للمنفعة العامة واستيلاء لقوة قاهرة

المبحث الأول — فى الاستيلاء على العقار مؤقتا للمنفعة العامة

١ — تقدير الضرورة خاص بنظارة الاشغال

٢ — يطلب العقار من صاحبه بمعرفة المدير أو المحافظ ويتفق معه على قيمة التعويض وعلى مدة الاستيلاء

٣ — إذا لم يقبل صاحب العقار تسليمه أو قيمة التعويض المعروضة عليه يصدر المدير أمرا فى الحال بتعيين مهندس المديرية أو أحد الخبراء لإثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها وتقدير قيمة التعويض بدون حاجة إلى إجراآت أخرى فإذا لم يقبل صاحب الشأن ماقدره المندوب المذكور وجب إيداعه فى خزينة المحكمة (مادتى ٢٢ و ٢٣) ويجرى فى تقدير التعويض المذكور ماتقدم ذكره فى تقدير الثمن ومتى أودع المبلغ يصدر أمر المدير أو المحافظ بأخذ العقار كرها مهما كانت المعارضة فى ذلك

(١) أمسك القانون عن ذكر مايجرى أمام المحكمة ولعله اكتفى بالإشارة إليه فى قوله إن الطعن يقدم للمحكمة بالطرق المعتادة أى أن المحكمة تجرى فيه كما تجرى فى بقية الدعاوى فتسمع أقوال الطرفين وتؤيد رأى الخبراء أو تنقض ماقدروه أو تزيد عليه أو تعين خبراء آخرين ثم تقضى بما تراه

والظاهر أن الاستئناف يكون جائزا للخصوم إذا كانت قيمة العقار المتنازع فيها زائدة عن مائة جنيه طبقا للقواعد العمومية

٤ ــ يجوز لصاحب العقار أن يأخذ المبلغ المودع فى الخزينة بدون أن يؤثر ذلك فى حقه فى الزيادة

٥ ــ تبين مدة الاستيلاء فى الأمر الصادر به ولا تزيد عن سنتين (مادة ٢٢) ومع ذلك يجوز للمدير أو المحافظ إذا دعت المنفعة العمومية أن يصدر قرارا بتحديد مدة الاستيلاء المؤقت إلى ثلاث سنين ويقدر فى هذا القرار تعويض المدة الزائدة بنسبة التعويض السابق

٦ ــ إذا كان الاستيلاء لازما لمدة تزيد على ثلاث سنين ولم يتم الاتفاق عليها مع المالك وجب نزع الملكية (مادة ٢٤)

٧ ــ متى زالت الضرورة يرد العقار إلى صاحبه بالحالة التى كان عليها حين الاستيلاء عليه

٨ ــ إذا لحق العقار تلف فلصاحبه حق التعويض عنه

فاذا أصبح العقار غير صالح لما كان مخصصا له قبل الاستيلاء عليه وجب على الحكومة شراؤه ودفع قيمته التى كان يساويها وقت أخذه (مادة ٢٥)

المبحث الثانى ـــ فى الاستيلاء على العقار مؤقتا لقوة قاهرة

يجوز للمدير أو المحافظ فى حالة الغرق أو قطع الجسر أو تخريب القنطرة وفى جميع الأحوال المستعجلة الأخرى أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الوقاية أو الترميم

ويحصل ذلك بعد إثبات حالة العقار وتقدير التعويض كما تقدم

أما مدة الاستيلاء فتعين فى ثلاثة أيام من تاريخ حصوله ويبين فى قرار تقدير المدة قيمة التعويض ويعلن لأصحاب العقارات

إذا لم يقبل صاحب العقار قيمة التعويض روعى ما تقدم من الأحكام فى الاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة (مادة ٢٣)

الفرع الخامس ـــ فيما يترتب على نزع الملكية

يترتب على نزع الملكية ما يأتى :

١ ــ يعتبر الأمر العالى من يوم نشره فى الجريدتين الرسميتين كعقد ملكية مسجل فتخرج من ذلك الحين الملكية من يد صاحبها وتصير حقا لطالب نزع الملكية

٢ – يعتبر الاتفاق الحاصل على تقدير الثمن والتعويضات عقداً رسمياً لازماً على الكل

٣ – تبرأ ذمة طالب نزع الملكية من كل حق للغير متى دفع الثمن إلى الملاك المبينة أسماؤهم فى الأمر العالى

٤ – تنتقل العقارات المنزوعة ملكيتها خالية من كل حق عينى أو شخصى

٥ – إذا تبين أن الملك كان لغير من ذكر اسمه فى الأمر العالى فليس لهذا المالك إلا أن يرجع على من استلم الثمن إن كان حصـل التسليم أو يتولاه بالطرق القانونية من خزينة المحكمة (مادة ٢٨)

٦ – لا يتوقف نزع الملكية على أى دعوى تكون مقامة بشأن العقار وإنما يتحول حق ذوى الشأن فى تلك الدعاوى من العقار إلى الثمن (مادة ٢٩)

تنبيـــه

نزع ملكية عقد الأهليـــة والغائب

لا تجوز الممارسة على ثمن العقار المملوك لقاصر أو محجور عليه أو غائب أو محل خيرى إلا إذا كان طالب نزع الملكية مصلحة أميرية

ولا يجوز للأوصياء أو القوام استلام الثمن سواء اتفق عليه أو كان مقدراً من أهل الخبرة أو من المحكمة إلا بإذن خصوصى من الجهة التى لها النظر فى ذلك

فإن كان العقار وقفاً إسلامياً وجب إيداع الثمن فى خزينة ديوان عموم الأوقاف [1] وإن لم يكن إسلامياً سُلِّم إلى الجهة التابع لها الوقف لتتصرف فيه حسب شريعتها (مادة ٣٧)

(١) المتبع عن الإيداع فى خزائن المديريات والمحافظات والقضاة الشرعيون لا يرخصون بالبيع إلا على هذا الشرط

القسم الثانى

فى التعهدات والالتزامات على وجه العموم

هذا القسم يقابل الكتاب الثانى من القانون إلا أن القانون قسم كتابه إلى أربعة أبواب : الأول ـ فى التعهدات على العموم ، الثانى ـ فى التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين ، الثالث ـ فى التعهدات المترتبة على الأفعال ، الرابع ـ فى الالتزامات التى يوجبها القانون

ولكنه لم يضع قواعد التعهدات العامة فى الباب الأول كما يفهم من عنوانه بل جاء بقسم منها فى هذا الباب وأتم القسم الثانى فى الباب الثانى المخصص للعقود فانتثرت القواعد فى البابين

أما نحن فإننا قسمنا المادة الى أربعة كتب : الأول خاص بالتعهدات والثانى بالالتزامات المترتبة على القانون والثالث بالالتزامات التى تترتب على الأفعال ، وذلك لأن أمر القانون إجبارى يقابل التعهد الاختيارى ولأن التعهد المترتب على الأفعال مشترك بين التعهدين وجمعنا القواعد العامة كلها فى الكتاب الأول لأنه أهمها وليسهل تناولها ثم جعلنا الكتاب الرابع خاصا بانقضاء التعهدات والالتزامات

التعهد أو الالتزام واجب يفرض على الإنسان لغيره

والأصل فى الواجب أن يقوم به المرء لمن وجب له من نفسه أى من دون أن يكرهه مكره على الوفاء به إلا ما كان من وجدانه

والواجب بهذا المعنى من موضوعات علم الأخلاق

وما دام الوجدان نقيا والذمة طاهرة فالوفاء بالعهد مرعى إلا أن مقتضيات المدنية نوعت فى الواجبات وأكثرت من الفروض والتكاليف حتى ضعفت الثقة بين الناس وأصبح من الخطر على المعاملات ترك الوفاء بها موكولا الى أوامر علم الآداب واضطر الوازع إلى حماية الناس فى معاملاتهم حتى تستقيم أمور الجمعية البشرية ويأمن كل واحد جانب الآخر مطمئنا إلى هذا الضمان القوى

ومن هنا افترقت الواجبات إلى قسمين : قسم كفله القانون وألزم الناس كافة بمراعاته وأنذرهم بالإكراه على الوفاء به إذا هم قصروا فيه وتلك هى الواجبات الشرعية وتسمى فى الاصطلاح التعهدات والالتزامات وكلها ترجع إلى المعاملات التى تمس إليها حاجة الناس

وقسم لم يتعرض له القانون إما لأنه فى نظره ألصق بمكارم الأخلاق كالإحسان للفقير وتسمى الواجبات الأدبية وإما لأن علاقته بمنافع الناس أصبحت ضعيفة لاعتبارات اجتماعية واقتصادية ويسمى هذا النوع عندهم واجبات طبيعية ونحن نسميها واجبات معطلة إذ الأصل أنها كانت واجبات شرعية وسقطت مشروعيتها للأسباب المتقدمة كالدين ليس لدائنه وسيلة لإثبات الدين عليه أو سقط دينه بمضى المدة أو حكم برفض الدعوى بطلبه وهو يعتقد أن الحكم غير صواب وغير ذلك

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة أن للواجبات الشرعية أحكامًا أخصها إكراه من لزمته على الوفاء بها إكراها فعليًا وأن الواجبات الأدبية المحضة موكولة إلى وجدان المرء وأن الواجبات المعطلة قد تعود مكفولة بالقانون إذا اعترف بها من لزمته وإذا وفى بها فوفاؤه يعتبر عملا شرعيا

والتعهدات هى موضوع هذا القسم

التعهد إما أن يكون مرغوبا فيه ممن التزمه وممن وجب له وإما أن يكون تكليفا من قبل الشارع مباشرة سواء كان للإنسان دخل فى التكليف أم لا

وعليه تنقسم مصادر التعهدات إلى ثلاثة أقسام (مادة ٩٣)

الأول ـ اختيارى وهو محض إرادة الطرفين أى اتفاقهما وتلك هى التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين أعنى العقد

الثانى ـ قهرى لا يتوقف لزومه على الاختيار وتلك هى التعهدات المترتبة على أمر القانون

الثالث ـ مشترك بين الاثنين فهو من عمل الانسان وأمر القانون معًا كأعمال الفضولى وكالجرائم يأتيها المرء باختياره فيلق عليه القانون تبعتها وتلك هى التعهدات المترتبة على الأفعال

وقد قصرنا كلمة التعهدات على القسم الأول وجعلنا كلمة التزام خاصة بالقسمين الثانى والثالث طلبا للتمييز

الكتاب الأول

فى التعهدات

التعهد هو ارتباط قانونى الغرض منه حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد عمل شئ معين أو بامتناعه عنه (مادة ٩٠)

ففي كل تعهد طرفان : الأول متعهد والثانى متعهد له

وللتعهد أثران : الأول تكليف المتعهد بما وجب عليه ويسمى التعهد بهذا الاعتبار «دينا» ويقال للتعهد «مدين»

الأثر الثانى تمليك منفعة للتعهدله على المتعهد وتمكينه من استيفائها بالطرق المشروعة ويسمى التعهد بهذا الاعتبار «حقا» ويقال للتعهد له «دائن»

ولما كان العقد مصدرا للتعهد وجب علينا أن نقدم بيان المصدر حتى يتبين ما يصدر عنه

الباب الأول

فى العقود

العقد اتفاق شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر على التعهد بتحصيل منفعة شرعية للتعهدله

يؤخذ من هذا التعريف أنه لابد فى كل عقد من طرفين يحصل الاتفاق بينهما وأن كلا الطرفين يتعهد بتحصيل منفعة للآخر أو على الأقل يتعهد أحدهما بذلك للثانى وأن محل التعهد منفعة للتعهد له وأن هذه المنفعة شرعية وبعبارة أوضح أن يكون الاتفاق مبنيا على سبب شرعى

وبديهى أن الذى يتعهد بمنفعة لغيره يجب أن يكون متصرفا فى أموره ولا يتحقق التصرف إلا من قادر عليه وراغب فيه والقدرة على التصرف تسمى أهلية والرغبة تسمى الرضا

أركان العقد أربعة :

١ — أهليـــة المتعهد

٢ — رضـــاء المتعـــهد

٣ — محل يقوم عليه التعهد

٤ — سبب شرعى للاتفاق

ومن العقود ما يحتاج الى ركن خامس حتى ينعقد وهما الهبة والرهن العقارى يجب فيهما أن تثبت هذه الأركان الأربعة فى محرر رسمى (ص ٧٩ و ٣٤٩)

الفصـــل الأول
فى الأهليـــة

يجب أن يكون الشخص الذى يتعهد بأمر ذا أهلية كاملة (مادة ١٢٨)

والأهلية : مطلقة أى تتناول جميع الأعمال ومقيدة أى منحصرة فى بعض الأعمال دون البـاقى (مادة ١٢٩)

والحكم فيها يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصـة بالملة التابع لها العـاقد (مادة ١٣٠) [1]

الفصـــل الثـانى
فى الرضا

الرضا هو القبول بالاختيار التام وهو الرضا الصحيح

الرضا ركن من الأركان التى لاتتم التعهدات بدونها (مادة ١٢٨)

ولا بد من رضـا طرفى التعهد فإذا رضى طرف ولم يرض الطرف الثـانى فلا تعهد ولا عقد

ويجب أن يكون رضا أحد العـاقدين مطابقا لرضا الثـانى ويقال لذلك توافق الإيجاب والقبول

والإيجاب هو الكلام الذى يصـدر من أحد الطرفين أولا متعلقا بالتعهد والقبول هو الكلام الذى يصدر من الطرف الثانى كذلك

ففى البيع مثلا الإيجاب هو عرض المبيع من البائع على المشترى أو من المشترى على البائع ومتى عرض أحدهما فهو الموجب فإن وافقه الثانى فهو القابل

(١) وضعت هذه النصوص قبل أن تخطو الهامات المتعلقة بالأشخاص خطوة إلى الأمام ولم يمض على الأثر الأول بعد أن وضعت لائحة المجالس الحسبية وصدرت نصوص قانونية أخرى فى مواضع كثيرة تتعلق بالأهلية وقد بسطنا الكلام على ذلك فى كتاب الأشخاص (راجع ص ٢٠)

ولا يلزم أن يقع الإيجاب والقبول فى مجلس واحد بل يجوز أن يتأخر القبول زمنا

لكن لما كان الإيجاب وحده غير كاف فى إلزام الموجب وأنه لابد فى ذلك من القبول وجب أن يكون هذا حاصلا وقت وجود الإيجاب أعنى قبل أن يعدل عنه صاحبه

والعادة أن العاقدين فى حالة تأخر القبول عن الإيجاب يضربان أجلا لذلك فإذا حصل القبول قبل انقضاء الأجل تم العقد وإن حصل بعده فلا عقد لأنه يكون وقع بعد زوال الإيجاب

وقد يكون الإيجاب والقبول بين اثنين كل منهما فى بلد والواسطة بينهما هى الكتابة وهنا يُسأل عن وقت تمام العقد هل هو وقت تحرير الكتاب المتضمن القبول أو وقت وصول هذا الكتاب إلى الطرف الموجب

والمعمول به أنه الزمن الأخير أعنى أن العقد لايتم إلا بوصول القبول إلى الموجب فإن كان هذا عدل عن الإيجاب قبل ذلك فلا عقد حتى إذا لم يكن علم العدول قد وصل إلى الطرف الثانى قبل قبوله

ويترتب على ذلك :

١ ـ أن محل العقد يبقى فى ملك المتعهد حتى يتم العقد فإن هلك فعليه

مثلا : لو عرض زيد على بكر داره ليشتريها وقبل أن يأتى القبول من بكر انهدم البناء فالضمان على زيد

٢ ـ إذا توفى الموجب أو فقد الأهلية قبل وصول القبول بطل الإيجاب ولا ينعقد العقد

٣ ـ للموجب العدول عن إيجابه حتى يصله القبول

ويتبع هذه القاعدة أى قاعدة تمام العقد بوصول القبول إلى الموجب قاعدة اعتبار محل الموجب مصدرا للعقد

ويترتب على ذلك :

١ ـ أن العرف الذى تجب ملاحظته فى تفسير العقد هو عرف بلد الموجب لا عرف بلد القابل

٢ — أن المحكمة المختصة بنظر الخلاف فى العقد إن كان تجاريا هى محكمة الموجب

٣ — أن شكل العقد يكون خاضعا لقانون بلد الموجب إن كان من بلد أجنبى

الفرع الأول — كيف يقع الرضا

الرضا صريح وضمنى

والضمنى هو ما دل عليه فعل المتعاقد دلالة كافية كمن عرض عليه شراء ثوب فنقد البائع ثمنه أو طلب منه بيع سلعة فسلمها للمشترى

ورضا الأخرس يعرف بإشاراته المعهودة (١)

الفرع الثانى — فى عيوب الرضا

للرضا عيوب تؤثر فيه وهى نوعان :

الأولى — عيوب مانعة

الثانية — عيوب مفسدة

المبحث الأول — فى العيوب المانعة

العيب المانع من الرضا حالة تقوم بالمتعهد تجعل رضاه معدوما والعيوب المانعة من الرضا هى :

١ — الصغر

الصغر مانع من الرضا لأن رضا الطفل لايعتبر مطلقا والمراد بالطفل الصغير غير المميز أما المميز فله حكم آخر (راجع ص ٢٨)

٢ — الجنون

الجنون مانع من الرضا إذ من لا عقل له لا اختيار له

٣ — الخطأ

الخطأ يوجب بطلان العقد فى الأحوال الآتية (مادة ١٣٤) :

(١) الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان (مادة ٧٠ مجلة)

الأولى ـ الخطأ الواقع فى نوع التعهدات المترتبة على العقد كما لو ظن أحد المتعاقدين أنه يشترى وظن الثانى أنه يؤجر

الثانية ـ الخطأ الواقع فى حقيقة الشئ المتعاقد عليه كما لو ظن البائع أنه يبيع داره التى فى مصر القاهرة وظن المشترى أنه يشترى الدار التى بمصر الجديدة

الثالثة ـ الخطأ الواقع فى الشرط الأساسى للعقد كما لو كان البائع يبيع بثمن معجل والمشترى يشترى بثمن مؤجل

المبحث الثانى ـ فى العيوب المفسدة

العيب المفسد للرضا حالة تقوم بالمتعهد تقلل من اختياره

والعيوب التى تفسد الرضا هى (مادة ١٣٣) :

١ ـ الإكراه
٢ ـ الغلط
٣ ـ التدليس
٤ ـ السكر
٥ ـ عدم الأهلية
٦ ـ الغبن الفاحش

١ ـ الإكراه

الإكراه غصب الملتزم على التعاقد بالإرهاب

ويجب أن يكون الإكراه بحيث يؤثر فى الانسان عادة (مادة ١٣٥)

ولا فرق بين أن يكون موجب الخوف أمراً ماديا كالضرب والحبس أو معنويا كرهبة الحاكم القادر

ومجرد هيبة الأقارب لا تعد إكراها

ولا يلزم أن يكون الإرهاب حاصلا ممن يباشر العقد بل هو مفسد للرضا وان وقع من غيره كما لو أكره الرجل غيره على أن يبيع متاعه الثالث

وأيضا لافرق بين أن يكون الإرهاب واقعا على المتعاقد نفسه أو على من يؤثر فيه ضررهم كالزوج أو الفروع أو الأصول

ويجب الالتفات إلى حالة كل إنسان فليس الشاب كالرجل كالمرأة كالشيخ الهرم كالخادم وهكذا

وبالجملة فان أحوال الإرهاب غير محصورة فى القانون

فشخص يخاف الفضيحة وآخر يهاب الضرب وثالث يخشى إبلاغ جنحة ارتكبها وهكذا مما لا حصر له وإنما الأمر يرجع إلى فطنة القاضى وحكمته

٢ ـ الغلط

وأما الغلط فانه يفسد الرضا فى الأحوال الآتية (مادة ١٣٤) :

أولا ـ الغلط الواقع فى شخص المتعاقد معه إذا كانت شخصيته هى المعتبرة فى العقد كما لو تعاقد أحدهم مع صانع يظنه فلانا المعروف بدقة صناعته وظهر أنه شريكه أوغيره

ثانيا ـ الغلط فى ماهية الشئ المتعاقد عليه كما لو اشترى الرجل سبيكة يظنها من ذهب وهى من نحاس

وكذا لو باع الرقبة التى له وكان صاحب حق الانتفاع قد توفى يوم البيع بغير علم البائع إذ حق الانتفاع من أخص ماهية الملكية فلو علم صاحب الرقبة رجوعها اليه ماباع

ثالثا ـ الغلط فى صفات الشئ التى تجعل له قيمة خاصة وتميزه عن غيره وإن كان نظيره فى الظاهر كما لو اشترى الرجل جوادا يعتقد أنه من سلالة النوع الفلانى وهو ليس كذلك أو اشترى رسما يظنه من عمل رفاييل الشهير وهو فى الواقع رسم مقلد

وللمشترى فى حالة الغلط طلب فسخ البيع إنما إذا وضع يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه فى اختيار الفسخ إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظا صريحا (مادة ٢٩٥)

وأما الغلط فى قيمة الشئ فلا يعد عيبا مفسدا للرضا إلا فى بيع عقار بالغبن الفاحش (راجع ص ١٣٤)

ولا يلزم أن يكون العيب حاصلا فى رضا طرفى المتعاقدين بل يكفى وجوده من جهة واحدة

٣ ـ التدليس

التدليس من موجبات فساد الرضا (مادة ١٣٣)

وهو استعمال أحد الطرفين مع الطرف الآخر أمورا يغش بها فيقبل التعهد كما لو أكد شخص لآخر أن دابته ماتت فحمله ذلك الكذب على أن يشترى منه دابة بدلها

ويشترط فى اعتبار التدليس مفسداً للرضا أمران (مادة ١٣٦) :

الأول — أن يكون التدليس مؤثراً تأثيراً يحمل من يقع عليه على التعاقد

الثانى — أن يكون التدليس حاصلا من نفس الطرف الحاصل معه التعاقد أو بتواطئه ويكفى فى اعتباره متواطئاً أن يكون عالما بما وقع من الأجنبى وأن لايخبر به الطرف الثانى

فاذا فقد أحد هذين الشرطين لايكون التدليس مفسداً للعقد

وليس للتدليس المفسد للرضا طرق خاصة بل كل عمل من قبل أحد الطرفين كان سببا فى غش الطرف الآخر يعتبر تدليسا

ولا يعدّ من التدليس مبالغة التجار فى صفات سلعهم بالإعلانات وغيرها

وكذلك إذا لم يكن التدليس سببا فى التعاقد بل كانت نتيجته قبول المدلَّس عليه شروطا باهظة فى العقد إلا إذا زادت الصعوبة إلى حدّ يجعل الالتزام غير مقبول عادة والمسألة ترجع إلى أحوال الدعوى وحكمة القاضى

والتدليس لايستنتج من القرائن ولكنه يثبت بجميع الطرق الأخرى ومنها الشهادة ولا يمنع من الإثبات كون العقد رسميا

والسبب فى أن الإكراه يكون مبطلا للعقد إذا وقع من غير أحد المتعاقدين وأن التدليس لا يكون مبطلا له إلا إذا وقع من نفس الطرف الآخر هو أن الإكراه أمر يخالف النظام العام و يعرض الناس إلى ضرر كبير وأما التدليس فهو حيلة والمرء لايخدع بحيلة ممن لايتعامل معه عادة وقليل من اليقظة كاف فى التوقى منها

٤ — السكر

السكر مفسد للرضا لأنه يعمى البصيرة ويفقد المرء رشده ولا فرق بين أن يكون السكر اختياريا محضا و بين أن يكون بإغراء الطرف الثانى

إلا أنه فى الحالة الأخيرة يكون فسخ العقد آكد لوجود التدليس

٥ — عدم الأهلية

عدم الأهلية يجعل الإنسان غير مميز تمام التمييز فى المعاملات ولذلك حجر عليه بالوصاية أو القيامة

فإذا تعاقد مع غيره كان تعاقده مشوبا بذلك العيب غير أنه لا يجوز للتعاقد معه من ذوى الأهلية أن يتمسك بعدم أهليته بقصد إبطال التعاقد (مادة ١٣٢)

٦ ـ الغبن الفاحش

الغبن الفاحش هو الضرر الكبير الذى يلحق أحد المتعاقدين

والأصل أن الغبن مهما كان فاحشا لايفسد العقود لأن الرجل العاقل ذا الأهلية يحمل نتائج تصرفه وليس له حق فى الشكوى من عمل نفسه

ويستثنى من ذلك الغبن الفاحش ضد منفعة القاصر فى بيع العقار المملوك له (راجع ص ٢٥٢)

الفصل الثالث

فى محل التعهدات

محل التعهدات أحد أمور ثلاثة :

الأول ـ تمليك شئ أى مال للمتعهَّد إليه ويقال للتعهد بذلك فى اصطلاح القانون تعهد بإعطاء شئ كالبيع والمعاوضة والهبة

الثانى ـ فعل أمر فى منفعة المتعهد له كبناء الدار وحصد الزرع وحياكة الثوب

الثالث ـ الامتناع عن أمر فى منفعة المتعهَّد إليه كعدم صنع سلعة معينة لغيره أو عدم الاستصناع كذلك

الفرع الأول ـ تمليك المال وهو إعطاء شئ

يشترط فى الشئ الذى يُتعهد بتمليكه ماياتى (مادة ٩٥) :

أولا ـ أن يكون عينا أعنى ذاتا وهى الماديات كالعقار والفرس والنصيب فى الشركة

ثانيا ـ أن يكون موجودا فلا يجوز التعهد باعطاء ماتحقق عدمه كما لو باع فرسه وكان نفق قبل البيع

ثالثا ـ أن يكون مما يصح ملكه (راجع ص ٢٢٩)

رابعا ـ أن يكون معينا بذاته كالفرس والمنزل أو بنوعه ومميزاته كاردب من البر البحيرى فلا يجوز أن يكون موضوع العقد برًّا من دون تعيين المقدار ولا حيوانا من دون تعيين النوع

ويكفى أن يكون الشئ المتعهّد به معينا بالنوع وميسور التعيين بالمقدار كأن يتعهد التاجر بتقديم البرّ الذى يكفى لبذر مائة فدان أو العلاف بما يكفى مؤنة الفرس

الفرع الثانى — فعل أمر او الامتناع عن أمر

يشترط فى الأمر المتعهد بفعله أو بالامتناع عنه (مادة ٩٥) :

أوّلا — أن يكون من مقدور الإنسان أى ممكنا فالتعهد بالمستحيل باطل والمراد بالإمكان الإمكان المطلق لا إمكان المتعهد نفســه فإذا تعهد رجل ببناء الدار ولم يكن بنّاء لزمه البناء بأهل الصناعة

وإذا تعهد بعدم الاستصناع عند زيد من الناس جاز ولكن لايجوز أن يتعهد بالسفر إلى الهند والرجوع فى يوم واحد ولا أن يمتنع عن الطعام سنة

ثانيا — أن يكون فعل الأمر أو الامتناع عنه مباحا فلا يجوز التعهد على فعل ماأمر القــانون بالامتناع عنه كارتكاب الجرائم ولا بالامتناع عما أمر بفعله كالامتناع عن الاقتراع للجندية أو عن تنقية الدودة

الفصــــــل الرابــــع
فى السبب الجائز قانونا

السبب فى التعهدات هو علتها أى الباعث عليها فإن كانت التعهدات متبادلة أعنى أن كلا من طرفيها متعهّد ومتعهّد له كان تعهد كل واحد سببا فى تعهد الآخر كما فى البيع فإن سبب تعهد المشترى بالثمن هو الحصول على ملكية المبيع

وإن كان التعهد من طرف واحد كما فى الهبة فالسبب ميل الواهب نحو الموهوب له

ولا يلتفت إلى ماوراء هذا السبب المباشر من الأسباب البعيدة التى قد تكون للتعهد مثل ما إذا كان المشترى يريد ملكية الدار ليسكنها أو ليجعلها مدرسة أو مصنعا وكما لو كان البائع يريد أن يشترى بالثمن أرضا زراعية أو إقامة عرس أو غيره لأن مثل هــذه الأسباب لا يقع تحت حصر ولا تُبنى عليه أحكام

وغاية ما اشترط القانون أن يكون السبب صحيحا جائزا قانونا (مادة ٩٤) وقد علمت ممــا تقدم أن ذلك راجع إلى محل التعهد فإن كان غير ممنوع ولا ممتنع فالتعهد صحيح وإلا فهو باطل

الفصل الخامس

فى حكم العقود

أول أثر يترتب على العقود هو التعهدات والغرض من التعهد محله وتقدم أنه إما إعطاء شئ أو فعل أمر أو الامتناع عن أمر

ولكلٍ حكم من حيث الأثر المترتب على العقد

الفرع الأول — حكم التعهد باعطاء شئ

للتعهد باعطاء شئ نتائج أهمها :

١ — نقل هـذا الشئ من ملكية المتعهد إلى ملكية المتعهَّد إليه فبمجرد العقد يصير المشترى مثلا مالكا للعين المبيعة و يتبع ذلك وجوب تسليم العين المتعاقد عليهـا (مادة ٩١)

٢ — وجوب حفظ العين حتى تسلم فاذا أهمل البائع فى صيانتها لزمه تعويض ما يلحق بها من الضرر

ولكنه غير مسؤول عن الضرر المسبب عن قوة قاهرة إلا فى البيع

كذلك التعهد باعطاء حق عينيّ على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق من المتعهد إلى المتعهد له بمجرد وجود التعهد متى كان الشئ معينا ومملوكا للتعهد وهذا مع عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقارىّ والحبس (مادة ٩٢) [1]

(١) الشق الأول من المادة واضح وأما الثانى فبهم لأنه لايفهم كيف يكون انتقال الحق من ذمة إلى ذمة داعيا فى بعض الأحوال أوفيها كلها إلى الإخلال بحق الامتياز وحق الحبس أو الرهن ، تلك الحقوق إما أن تكون ثابتة قبل انتقال الحق موضوع التعاقد أولا فإن كان الاول فلا تأثير للتعاقد عليها وإن كان الثانى فلا تأثير لها فى انتقال الحق من يد إلى أخرى

ولا يجوز أن يكون غرض الواضع استثناء هذه الحقوق الثلاثة من قاعدة انتقالها بمجرد التعاقد أما الامتياز وحق الحبس فلأنهما لا يترتبان بمقتضى عقد أبدا وموجدهما هو القانون وأما الرهن فقد اشترط فى صحته أن يكون بعقد رسمى ومجرد الإيجاب والقبول غير كافيين لتحقيقه ولا من حاجة تدعو إلى التنبيه عليه بنوع خاص ولاسيما مع امتيازه بهذا الشرط بل تشترك فيه معه الهبة أيضا وكان ينبغى ذكرها لو أن هناك مايدعو إلى ذلك الحقيقة أنها إضافة جاءت عفوا و إن كان لها بعض الوجه فى ذكر الرهن فلا وجه لذكر الامتياز وحق الحبس بحال

٣ — إذا كان الشئ المتعهد به عيناً فللذى انتقل إليه أن يحصل على وضع يده عليه سواء كانت فى يد المدين بها أو فى يد غيره وسواء كانت ملكيتها ثابتة للدين حين العقد أو تمت له بعده كبيع محصول القطن القابل

ولا يمنع عن ذلك إلا إذا كان لأجنبى حق عينى عليها (مادة ١١٨) [١]

الفرع الثانى — حكم التعهد بعمل أمر أو الامتناع عن امر

النتيجة الأولى هى حق المتعهد له فى طلب إجراء العمل أو الامتناع عنه غير أن ذلك موكول فى الحقيقة إلى محض إرادة المتعهد لأنه إذا لم يعمل فلا سبيل إلى قهره عادة كالصانع المتعهد بعمل من متعلقات صناعته

وإذا قيل إنه يمكن إكراهه على ذلك بالإرهاب أو الإيذاء كان فيه خروج عن مقتضى التعاقد لأن الاتفاق مالىّ محض ولا يجوز التعدى على حرية إنسان أو إكراهه بالإيذاء لتحصيل منفعة مالية لشخص آخر

نعم يرد أن المفلسين يعبثون بناءً على ماتقدم بحقوق الناس بلا رادع وهو صحيح كما قالوا : «المفلس يغلب السلطان» . ومعنى هذا المثل أن السلطان لا يأمر بإيذاء من ليس فى يده ما يدفع منه دينه وإنه ينبغى للناس أن يتخذوا الحيطة وأن يكونوا بصراء فى معاملاتهم فلا يضعون ثقتهم إلا فيمن استحقها

لكن إذا كان لايمكن إكراه المتعهد على عمل ماهو مطلوب منه أو الامتناع عما تعهد بالامتناع عنه إكراها ماديا فمن الممكن إكراهه معنويا من طريق إلزامه بغرامة يومية يؤديها مادام متأخراً عن القيام بتعهده أو بتعويض يدفعه مرة واحدة

ومن هنا قرروا القاعدة الآتية :

(كل تعهد بعمل أمر أو بالامتناع عنه يتحول إلى تعويض مالى) أى عند عدم الوفاء

ومع ذلك قالوا : إن جميع التعهدات ليست داخلة ضمن هذه القاعدة إذ منها مايمكن تنفيذه بالرغم من امتناع المتعهد وبدون إكراهه وهذا ميسور فى جميع التعهدات بفعل

(١) ليس كل حق عينى يمنع المتعهد له من تناول الشئ فالرهن العقارى وحقوق الارتفاق بأنواعها لاتمنع من الاستيلاء على العين المشغولة بها وإنما الذى يمنع من ذلك حق الملكية وحق الانتفاع وحق الحبس

أمور لايتوقف إجراؤها على فعل الملتزم بها نفسـه كالبناء وقطع الأشجار وحرث الأرض وتطهير المساق و إصلاح الطرق وهكذا . جميع هذه التعهدات وأمثالها يصح تنفيذها بواسطة غير المتعهد وعلى هذا الأخير محل نتيجة ذلك التنفيذ . ومثال التعهد بالامتناع عن العمل : التزام شخص بعدم البناء أمام دار جاره فإنه إذا بنى فقد وقع الأمر الممنوع لكن يجوز إلزامه بالامتناع أى أن البناء يهدم بحكم القاضى وتكون نفقة الهدم على المخالف

والحقيقة أن المتعهد نفسه لم ينفذ ما التزم به وأن الذى قام به غيره وأن التعهد تحوّل بالنسبة اليه إلى مبلغ من المال وعليه فالقاعدة المذكورة مطلقة لا استثناء فيها

وقد تنطبق قاعدة تحويل الالتزامات إلى تعويض مالى على التعهـدات باعطاء شئ كما لو هلك محل التعهد بتقصير المدين

الفصـــل السادس

فى قوة العقود

المراد بقوة العقود درجة ارتباط العاقدين بهـا و إلى أى حد يجب عليهـم الإذعان لمـا اتفقوا عليه فيها وهل تتعدى هذه القوة إلى غيرهم أو لا

بالنسـبة للعاقدين ـ القاعدة هى « العـقد شريعة المتعاقدين » أعنى أنه يقوم مقام القانون فى بيان حقوق كل منهم و واجباته فكيفما ذكرت فيه لزم الوفاء بها

بالنسـبة للحاكم ـ ليس العـاقدون وحدهم مرتبطين بعقودهم بل يرتبط بها القضاة أيضـا ويجب عليهم أن يأمروا بانفاذها مادامت صحيحة مطابقة لقواعد النظام العـام غير منافية للآداب لايزيدون عليها ولا ينقصون منها

بالنسبة للغير ـ أما غير المتعاقدين فلا شأن له بالعقود ولا يترتب عليها أثر بالنسبة إليه ومن هنا قالوا العقود نسبية بمعنى أن الكافة غير ملزمين بمـا ورد فيها

والمراد بغير العاقدين كل من لايصـل اليه أثر العقد مباشرة أو من طريق من يتأثر بعمله قانونا

وعلى ذلك لاتشمل كلمة (غير) فى اصطلاح العقود :

أولا ـ الموكل لأنه طرف فى العقد و إن لم يباشره بنفسه

ثانيا ـ الورثة لانهم يقومون مقام مورثهم غاية الأمر أنهم لا يلزمون بتعهداته فى أموالهم بل فى أموال التركة فإن لم تف بحقوق من تعاقد مع مورثهم فليس عليهم حرج من ذلك

ثالثا ـ دائنو المتعاقدين لأن الحقوق التى يرتبانها على أنفسهما ترجع إلى أموالهما فإذا زادتها كان فى ذلك زيادة ضمان الدين وإذا نقصتها قل الضمان بقدر ذلك النقص

رابعا ـ من يتعاقد مع أحد العاقدين على الشئ بعينه كما لو اشترى زيد عقارا من بكر ثم باعه لخالد فإنه إذا كان زيد قرر على ذلك العقار أو نال لفائدته حق ارتفاق على عقار بجواره انتفع خالد بذلك أو خسر

ويتلخص من ذلك قاعدة عامة هى : «لا يستفيد ولا يضار غير المتعاقدين بعقدهما» (مادة ١٤٢)

وليس لهذه القاعدة استثناء إلا فى حالة الصلح فى المواد التجارية لأن العقد الذى يتم بين التاجر المتأخر فى أحواله المالية وبين ثلاثة أرباع الدائنين يسرى على الربع الرابع على الرغم من إرادته

الفصل السابع

فى تفسير العقود

تفسير العقود راجع للحاكم عند الخلف فيها

ويجب على الحاكم أن تفسر العقود طبقا لمقاصد المتعاقدين

فأول واجب على القاضى هو البحث عن غرض المتعاقدين (العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى) (مادتى ١٣٨ و ١٣٩)

وإنما يتبين الغرض من مجموع العقد مع ملاحظة نوعه والعرف الجارى عليه العمل

ولا يتقيد القاضى فى ذلك بمعانى الألفاظ اللغوية فلا يتأول على غير تأويل ولا يلتزم ما نص عنه فى القاموس وبالجملة لا يجعل عقله آلة تحركها الألفاظ بل يجعل الألفاظ مادة يصوغها بعقله ليبرزها على الصورة التى تليق بها راجعا إلى وجدانه ومسترشدا بشعوره الذى يتولد فيه من قراءة العقد وأحوال الدعوى(١)

(١) ماجاءت مصيبة الأوقاف إلا من تفسيرها والتقيد فى ذلك التفسير بمعانى الألفاظ اللغوية أو الاصطلاحية عند الفقهاء لاعند الواقفين الذين تبدلت إراداتهم وتغيرت أغراضهم تحت ضغط الألفاظ وسيطرة القاموس على الأذهان مهما خالفه الوجدان واستجار منه عرف الناس ومهما انتهكت حرمة العدل وديست مشاعر الواقفين

فإذا غُمَّ على القضاة مراد المتعاقدين وجب أن يكون التفسير مائلا إلى منفعة المتعهد (مادة ١٤٠)

فإن كان الطرفان متعهدين كل بأمر كان التفسير على المعنى الأخف احتمالا

وينبغى أن لاتهمل الألفاظ إهمالا بل يجب أن يلاحظ ماقصد من وضعها وإن يعمل بها مادام لها معنى يتفق مع مفهوم العقود

وإذا بين المتعاقدان غرضهما بيانا خاصا وجب اتباعه وإن خالف العرف وتباعن القاموس

فصل

فى التعاقد عن الغير

من البديهى أن الإنسان يتعاقد عادة عن نفسه وليس له أن يتعاقد عن غيره إلا برضا ذلك الغير أعنى بالوكالة عنه ولكن قد يتفق أن يتعرض إنسان لما لايعنيه فى الظاهر

كما لو حصل بيع بين شخصين ويكون الشراء لشخص غير المشترى الظاهر والبيع من شخص غير البائع الظاهر

والتعهدات التى تقع على هذه الصورة باطلة ولا وجود لها لأن المشترى لم يلتزم بدفع الثمن شخصيا ولأن البائع لم يلتزم بنقل الملكية شخصيا ولأن من حصل الشراء باسمه ومن حصل البيع على ذمته أجنبيان عن عمل المتعاقدين فلا يلزمهما

ومع ذلك يجوز أن يكون التعهد الحاصل بالصورة المتقدمة صحيحا ولازما وذلك فى حالة ما إذا كان للمتعاقدين الظاهرين منفعة شخصية منه

مثال ذلك : اتفق زيد مع بكر على أن بكرا يعطى فرسا لخالد وأنه إذا لم يقم بتعهده هذا يدفع إلى زيد ألف قرش

مثال آخر : وهب زيد منزلا إلى بكر على أن بكرا يدفع ألف جنيه إلى خالد

ففى هاتين الحالتين يتم العقد ويكون كل واحد من المتعاقدين مُلزَما بما تعهد به

وكذلك يجوز التعاقد عن الغير فى صورة ما إذا تعهد زيد لبكر بأن خالدا يبيعه فرسه أو يقرضه مبلغا والواقع أن زيدا هو الملزم بنفاذ التعهد الموعود وأنه إذا لم يتمكن من ذلك فعليه تعويض الضرر الذى يلحق بكرا من عدم التنفيذ

أما من حصل التعاقد على ذمته فهو بالخيار إن شاء أقر العقد وإن شاء رفضه (مادة ١٣٧)

وأما إذا كان أحد المتعاقدين الظاهرين أو هما معا وكيلا عمن يُعمل العقد فى منفعته . فالتعاقد صحيح لأن العقد يقع حينئذ باسم المنتفع منه والوكيل واسطة ليس إلا

فصـــــل

فى العقود الصورية

القواعد التى بسطناها فى الفصول السابقة خاصـــة بالعقود الجدية أى التى يعنيها العاقدان سرا وعلانية

لكن يعرض وهو كثير أن يتفق اثنان أو أكثر على أمر ظاهره الجد وهما يضمران غيره لغرض معروف لهما يخفيانه عن الناس بعقد آخر يسرانه بينهما

ويسمى العقد الظاهر عقدا صوريا والعقد المستتر ورقة الضد أو عقد الضد

ويقع ذلك فى أربع صور :

الصورة الأولى ــ أن يكون العقد الظاهر غير صحيح فى اعتبار العاقدين

مثاله : بيع المدين عقاره لآخر هربا من دائنه وذلك بالاتفاق مع المشترى

الصورة الثانية ــ أن يكون العاقدان قصدا بالعقد الظاهر عقدا آخر يســـترانه عن الغير فالواقع أنهما يتعاقدان ولكنهما يبرزان عقدهمـــا فى صورة غير صورة العقد الذى يريدان حقيقته

مثاله : زيد يهب مالا لبكر ولكنهما يحرران عقد بيع يعترف فيه البائع بقبض الثمن ويسمى العقد هنا عقد إخفاء

الصورة الثـالثة ــ أن يكون العقد صحيحا فى صورته وفى حقيقته غير أن أحد العاقدين ليس عاقدا حقيقيا بل استعير اسمه بدل آخر يراد إخفاؤه

مثاله : بيع لأجنبىّ حقيقته أنه بيع لولد البائع وكذا الهبة ويقـال للعقد هنا عقد اســـتعارة

الصورة الرابعة ـ أن لايستر من العقد إلا جهة واحدة مما هو مذكور فيه كنقص الثمن أو وضع شرط غير مقصود أو حذف شرط مقرر بين العاقدين

والفرق بين هذه الصور أن العقد الصورى يوهم وجود اتفاق لاحقيقة له بحال وأن عقد الإخفاء يضلل الغير عن حقيقة التعاقد وأن عقد الاستعارة يحجب عن الغير معرفة العاقد المستتر أى صدور العقد لفائدته

وليس فى ستر التعاقد عيب من حيث هو بل يجوز أن يكون الغرض منه شريفا كمن يود معونة رجل يخشى منه الرفض إن ظهر له فيوصل ذلك اليه من طريق يأنس له وكوالد يصل ابنه بوسيط حتى لايجرئه على الإسراف وهكذا

غير أن ذلك نادر والغالب أن فى الإخفاء هربا من محرم فى القانون كالهبة لأجنبى وهى لوارث والبيع لا لحاجة غير إفلات المال من يد الدائن وهكذا

وكثيرا مايكون الغرض نقص الرسوم التى يجب أداؤها أو إخفاء الربا

ومن المقرر أن صورية العقد ليست بذاتها سببا من أسباب البطلان مهما كان الباعث عليها ولكن العقد الصورى يبطل بسبب آخر على حسب الأحوال

فالهبة تبطل لأنها لوارث والبيع لإضراره بحقوق الدائن والمعاوضة لكون العاقد المستتر محجورا عليه وهكذا

ويعلم مما تقدم أن العاقدين يحتاجان فى صورية العقود إلى اتفاقين اتفاق ظاهر واتفاق مستتر وهما ضدان لايجتمعان بمعنى أنه يتعذر الأخذ بهما معا لذلك يجب معرفة أيهما الصحيح للوقوف على حكمه بالنسبة للعاقدين وغير العاقدين

أما بالنظر للعاقدين فالاتفاق الظاهر معدوم ضرورة لأنهما لم يقصداه فليس هناك إلا إيجاب وقبول لامرجع لهما من رضا العاقدين إنما أرادا العقد المستتر وهو الذى يترتب عليه تعهدات جدية ولكل طرف أن يأخذ به الطرف الثانى

بالنسبة لغير العاقدين

يلاحظ أولا أن لكلمة الغير هنا معنى خاصا خلاف الذى عرفناه فيما سبق (راجع ص ١٣٨) فالمراد بها هم الذين تعاقدوا مع أحد أصحاب الاتفاق الصورى بعد تاريخ هذا الاتفاق والدائنون العاديون

أما من تعاقد معهما قبل ذلك فلا خوف عليه من كل اتفاق لاحق بينهما وبين غيره مادام حقه محفوظا بالطرق التى سنها القانون

يقال إن مثل الدائنين العاديين مثل المدين فى جميع الأحوال أمام الدائنين الممتازين برهن أو اختصاص أو امتياز وأمام من تلقى عن المدين حقا تخذ احتياطاته حيطة القانون فسجل عقده وحينئذ لامعنى لاستعدائهم هنا مادام لهم حق إبطال تصرفات مدينهم إن كانت ضارة بهم

والجواب أن فى صورية العقود غشا ونية سيئة لايجوز معهما غض النظر عمن تعاقد مع الناس مطمئنا إلى حسن نية والمسألة إجماعية لاجدال فيها

إذا تقرر هذا فأثر ستر حقيقة العقود يختلف بحسب اختلاف مصالح الغير لأن منهم من ينتفع من العقد الظاهر ويجب احترام منفعته ومنهم من ينتفع من العقد المستتر وله الحماية كذلك وقد تتعارض المنافع فتفضل مصلحة فريق على مصلحة الفريق الآخر

وعلى كل حال ليس لأحد الخاتلين أعنى أصحاب الاتفاق الصورى أن يحتج على الغير بالعقد المستتر فكيفما أخذا بالعقد الظاهر لزمهما الانقياد لحكم الوصف الذى اتصفا به أمام الناس

أما الأفراد فمن تعاقد منهم مع أحد الخاتلين اعتمادا على العقد الظاهر فتعاقده صحيح وحقه مكفول بالقانون فإن سجله فقد أمن شر العقد الصورى إذ المفروض أنه غير مسجل ولا يعقل أن يكون غير ذلك وإلا لعلم وهو غير مراد الخاتلين

هذا إذا كان التنازع فى عقار فإن كان فى منقول احتمى الغير بقاعدة (الحيازة سند الملكية) وإن لم يسجل واحتج الخاتل بعقده المستتر رجحت النية الحسنة على النية السيئة وأهمل العقد المستتر

وكذلك يقضى للدائنين العاديين

ومن الجائز أن يكون الغير منتفعا من العقد المستتر كالدائن الذى يضره العقد الظاهر فمن مصلحته إسقاطه والانتفاع بالحقيقة المستترة ولا شبهة فى أن ذلك من حقه لأنه من طلاب منع الضرر ومنع الضرر واجب فى المعاملات مطلقا متى كان صادرا ممن وجب عليه ملاحظة النفع وعلى الخاتل أن لايعمل مايضر دائنه الذى ائتمنه فإن دلس رد عمله عليه

وإذا تزاحم الرجلان عاقد ودائن فضل الأول مع ملاحظة حفظ الحقوق طبقا للقانون

مثاله : زيد مدين لبكر فى مائة ، باع زيد عقارا لا يملك سواه لخالد هربا من بكر ، اقترض خالد من ابراهيم ورهن له العقار تأمينا على الوفاء ثم ظهر الضد واحتج به بكر ، لا تقوم حجته على إبراهيم صاحب الرهن طبقا للقاعدة العامة وهى أن الأولوية لذى التسجيل وللأسبق به منهما فإن باع خالد العقار لإبراهيم رجح هذا أيضا على بكر لوجوب تأمين الأخذ والعطاء إذ لو صح لبكر إبطال البيع لوجود الضد لفتح على المعاملات باب تهدد منه فى كل حين إنما حق بكر فى إبطال البيع يأتى من طريق آخر لو أراد وهو بناء الطلب على ماله بصفته دائنا من إبطال التصرف الضار به طبقا لنص المادة (١٤٣) من القانون (راجع ص ٣٦٦)

ولعل قائلا يتساءل عن الفرق بين حق الدائن العادى فى إبطال العقد لكونه صوريا وبين حقه فى إبطال تصرفات مدينه فالجواب أن الفرق ظاهر من المقابلة بين حقيقة العقدين العقد الصورى لا وجود له حتى فى اصطلاح العاقدين والتصرف الجائز إبطاله عقد صحيح ولهذا الفرق آثار هى :

١ ـ ليس على الدائن أن يثبت سوء نية العاقدين فى العقد الصورى كما فى العقد الصحيح بل يكفيه بيان الضرر الذى يلحقه من الأول لأن المبيع أو الموهوب لم يخرج فى الواقع من ملك المدين فلمن له دين لا يناله إلا من هذا العقار لعدم ملك المدين غيره أو عدم كفاية ما يملك دونه أن ينفذ عليه ومعارضته بالمالك الظاهر لا تجدى لأنه غير ذى حق يحتج به على غيره حتى من تعاقد معه

٢ ـ للدائن اللاحق أعنى الذى لم يترتب دينه فى ذمة المدين إلا بعد وقوع العقد الصورى أن يسقطه للعلة بذاتها وذلك ممتنع فى حالة التصرف الصحيح

٣ ـ حق إبطال التصرفات ذاتى للدين ينال به من عقد مع أحد العاقدين عقد مبادلة إن كان سيء النية وبلا قيد إن كان العقد تبرعا أما حق إثبات صورية العقد فلا يؤثر على من حسنت نيته سواء كان العقد مبادلة أو تبرعا

تنبيـــــه

من صور الإخفاء صورة أباحها القانون بنص صريح فى المادة (٤٨) حيث قرر أن الهبة بعقد موصوف بعقد آخر صحيحة كأن القانون يبيح صورية العقود مطلقا

والوهم مدفوع من وجوه :

أولا ـ لأن النص قاصر على الهبة والكلام عام فى العقود كلها ولا يؤخذ من عدم النص على بطلان الصورية أنها جائزة فى جميع الأحوال

ثانيا ـ لأن النص لايبيح محظورا إذ المحظور وجود عقدين أحدهما ظاهر والثانى مستتر وهو يقرر حكما لعقد واحد حاصل بين العاقدين الصحيحين المتفقين مباشرة من التعـاقد

ثالثا ـ لأن حكمه قاصر على تجويز الهبة بغير عقـد رسمى إذا وصف عقدها بعقد آخر ولم يتعرض لحقوق الغير ممن يكون له منفعة فى إبطال هذا الوصف وإثبات الهبة وإسقاطها كما لو كانت لوارث وطلب الورثة إبطالها

ومما يلفت النظر أن القانون أتى بهذا النص لمجرد تجويز الهبـة بغير عقد رسمى مع عدم ظهور الحاجة فى هذا التشريع بل إن مصلحة الواهب تكون غالبا فى وصف الهبة بكونها هبة لكيلا يدفع رسوما أكبر خلافا لقاعدة المتبعة فى القوانين الفرنساوية فإن رسوم عقد التبرعات عندهم أكثر من رسوم عقود المبادلة

ولعله لاحظ أن العقد الذى تستتر به الهبة يكون محررا عرفيا ثابت التاريخ فلايحتاج من أجله لدفع رسم إلا يسيرا وفاته أن ذلك يشجع على الهرب من الرسوم

الباب الثانى

فى أقسام التعهدات

تنقسم التعهدات من حيث صفاتها إلى عشرة أقسام :

١ ـ التعهدات المتبادلة والتى من طرف واحد
٢ ـ التعهدات المحققة والتعهدات الاحتمالية
٣ ـ التعهدات الأصلية والتعهدات التابعة
٤ ـ التعهدات المعينة والتعهدات غير المعينة
٥ ـ التعهدات الشرطية
٦ ـ التعهدات الأجلية
٧ ـ التعهدات التخييرية
٨ ـ التعهدات البدلية
٩ ـ التعهدات التضامنية
١٠ ـ التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

الفصل الأول

فى التعهدات المتبادلة والتى من طرف واحد

مثال الأولى : البيع والإجارة والقرض فكل عقد من هذه العقود يشمل على تعهد من كل عاقد للآخر

البائع يتعهد بنقل الملكية والمشترى بدفع الثمن والمستأجر بالأجرة والمؤجر بالتخلى عن الشيء المؤجر وهكذا

ومثال الثانية : الهبة بلاعوض لأن الواهب هو الذى يتعهد وحده دون الموهوب له

ففى العقد الأول تعهدات متبادلة كالمقصود المتبادلة

وفى العقد الثانى تعهد من طرف وانتفاع من طرف آخر

وقد لايقتضى العقد فى الأصل إلا تعهدا واحدا من أحد المتعاقدين ثم يحدث ما يوجب التزام الطرف الثانى

مثال ذلك : عارية الاستعمال لأن المتعهد فيها أصلا هو المستعير وحده إذ يجب عليه رد الشيء المستعار لصاحبه وليس على هذا واجب له لكن قد يحتاج المستعار إلى الصرف فى سبيل صيانته وفى هذه الحالة يكون صاحبه ملزما بدفع ماصرف إلى المستعير وكذا الحال فى الوديعة

ويوصف العقد الملزم للطرفين بعقد المقابلة أى العقد الذى فيه تعهد من طرف مقابل تعهد من طرف آخر

ويوصف العقد الملزم لطرف واحد بعقد التبرع

وفائدة هذا التقسيم مايأتى :

١ ــ إذا كان العقد ملزما للطرفين فشرط الفسخ ضمنى فيه دائما إلا إذا نص على غير ذلك

فإذا لم يقم أحد الطرفين عما تعهد به جاز للثانى بناء على ذلك فسخ العقد وليس الحال ماذكر فى العقد الملزم لطرف واحد

٢ ــ العادة أن العقود الملزمة للطرفين تحرر من نسختين لكل طرف واحدة منهما حتى لايكون محل لريبة إذا لم يكن إلا نسخة واحدة بيد طرف واحد

وأما العقود التى تلزم طرفا واحدا فيكفى فيها نسخة واحدة بيد المتعهد له

٣ ــ رسوم عقود المقابلة أكثر من رسوم عقود التبرع

٤ ــ عقود المقابلة هى التى تحتملها الأعمال التجارية وأما عقود التبرع فلا يتصور وقوعها فى التجارة أعنى أنه لايصح وصفها بكونها عقودا تجارية

٥ ــ الخطأ فى عقود المقابلة فى شخص المتعاقد قد لايؤثر على العقد وأما فى الثانية فهو يفسده حتما

٦ ــ فى عقود المقابلة يسأل المتعهد عن تقصيره مطلقا وأما فى عقود التبرع فلا يسأل إلا عن تقصيره الجسيم

الفصل الثانى

فى التعهدات المحققة والتعهدات الاحتمالية

التعهدات المحققة هى التى تتساوى فيها المنافع فى نظر الكافة عادة مثل الإجارة والمعاوضة

والتعهدات الاحتمالية هى التى يتعسر أو يتعذر فيها معرفة النسبة بين قيمتى التعهدين كما فى المرتبات المقررة

مثلا : زيد أعطى بكرا مائة فدان على أن يرتب له كل سنة ألف جنيه فقد يموت زيد بعد سنة أو أقل فيكون بكر امتلك المائة الفدان بأبخس الأثمان وقد يعيش زيد أربعين عاما فيكون بكر خسر مايقرب من ستين ألف جنيه فى ثمن تلك الأطيان

وليس من يسعه تقدير النسبة بين التعهدين وقت التعاقد

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى فسخ العقود بسبب الغبن الفاحش فالعقود المحققة هى التى تفسخ لهذا السبب وأما الثانية فلا لتعذر تقدير الغبن مقدما

وقد يكون لها أثر فى التدليس أيضا

الفصل الثالث

فى التعهدات الأصلية والتعهدات التابعة

التعهدات الأصلية هى التى لها وجود ذاتى مستقل كالبيع والإجارة والمعاوضة والوديعة والتابعة هى التى لاتقوم إلا بغيرها كالرهن بأنواعه والكفالة

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى سقوط التعهدات فلا يلتفت فيها للعقود التابعة بل للعقود الأصلية إذ بسقوط الأصل يسقط التابع حتما

الفصل الرابع

فى التعهدات المعينة والتعهدات غير المعينة

التعهدات المعينة أو العقود المعينة هى التى لها اسم تعرف به كالبيع والإجارة

وغير المعينة هى التى لايعرف لها اسم خاص

مثال ذلك : اتفق زيد مع بكر على أن يسكن كل منهما دار صاحبه وعلى أن من بنى فى الدار التى يسكنها بناء أو غرس فيها غراسا فهو لمن بنى أو غرس

مجموع هذا العقد ليس له اسم خاص

ومما مثلوا به لذلك : عقد يلتزم فيه طرف بإرشاد الطرف الآخر إلى مال يستحقه وهو لايعرفه كتركة أو وقف أو على أن يصرف هو أى الطرف الأول ما يلزم لإثبات ماذكر ويلتزم فيه الطرف الثانى باعطائه نصيباً معيناً فى ذلك المال

ولا فائدة فى هذا التقسيم من حيث الأحكام العامة إذ كل عقد معين أو غير معين خاضع لها ومالم يعرف له اسم يقاس على ماله اسم معروف

وقد جاء القانون على بعض العقود المعينة وهى الأكثر تداولا بين الناس

الفصـــــل الخامس

فى التعهدات الشرطية

الشرط أمر مستقبل غير محقق [1] يترتب على وقوعه أو عدمه وجود التعهد أو منع وجوده أو تأييده أو زواله (مادة ١٠٣)

ويؤخذ من هذا أن الشرط إما توقيفي بمعنى أن التعهد لايصير لازما إلا بتحققه وإما فاسخ بمعنى أن التعهد يكون لازما من يوم العقد ثم يسقط بتحقق الشرط

والشرط من حيث هو أى سواء كان توقيفيا أو فاسخا ينقسم إلى خمسة اقسام :

١ ــ الشرط الجائز والشرط غير الجائز

٢ ــ الشرط الموجب والشرط السالب

٣ ــ الشرط الممكن والشرط الممتنع أو المتعذر

٤ ــ الشرط الصريح والشرط الضمنى

٥ ــ الشرط الإرادى

الفرع الأول ــــ فى الشرط الجائز والشرط غير الجائز

الشرط الجائز هو الذى لاحرج على العاقد فيه وهو لايدخل تحت حصر

والشرط غير الجــائز هو الذى يطلب به أمر ممنوع مخالفتــه للقانون أو الآداب أو الامتناع عن أمر مأمور به فى القانون أو تدعو الآداب اليه

وجميع مانهت عنه قوانين العقوبات لايصلح أن يكون محلا للشرط

وهناك أمور ممنوعة بمقتضى القانون المدنى لتعلقها بالنظام العام وأخصها مايأتى :

١ ــ كل مايتعلق بالأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب فلا يجوز اشتراط الطلاق أو عدم الزواج أو عدم استعمال أى حق من الحقوق المترتبة على تلك الأحوال كسلطة الآباء على الأبناء والإنفاق

(١) فى المادة (أو غير محقق) وهو خطأ وقع أيضا فى الطبعة الفرنساوية نقل من القانون المختلط (مادة ١٥٧) لأن الاستقبال وعدم التحقق صفتان لازمتان للشرط لزوما

٢ — جميع المزايا التى ليس للإنسان حق التصرف فيها لخروجها عما يجوز التعامل فيه كالحياة والحرية والدين

٣ — حق التصرف فى الأموال إن كان المنع منعا كليا دائما كالوقف إلا بإذن القاضى

وحكم الشرط الممنوع يختلف باختلاف التعهدات

فإن كان التعهد من قبيل التبرعات كالهبة فالشرط باطل والهبة صحيحة أولا لأنه لادخل للموهوب له فى اقتضاء هذا الشرط وثانيا لأن فى الهبة المشروطة بشرط مخالف للقانون أو الآداب تشجيعا على الشر وحثا على الفساد والواهب يستحق أن ينال بضرر فى نظير سعيه هذا فإنفاذ الهبة و إبطال الشرط عقوبة له

و إن كان التعهد بمقابل فالعقد باطل لأن من مصلحة الكافة أن لايجرأ أحد على التعامل بما يخل بنظاماتها أو يجرح آدابها فمن أقدم على شئ من ذلك فجزاؤه إحباط عمله

الفرع الثانى — فى الشرط الموجب والشرط السالب

الشرط الموجب هو الذى يطلب به فعل أمر والشرط السالب هو الذى يطلب به الامتناع عن أمر

ويجب أن يكون الشرط الموجب مباحا وممكنا

ويجب أن يكون الشرط السالب غير مأمور به فى القانون أو لاتقضى به الآداب كعدم السرقة والزنا والسكر وهكذا لأن المرء مكلف بالامتناع عن المنهيات فلا يجوز أن يثاب عليها

ومع ذلك إذا كان الشرط غير أساسى فى العقد بمعنى أن هناك سببا آخر للتعهد جاز الشرط السلبى و إن كان الأمر منهيا عنه فى القانون أو الآداب لما فى ذلك من الحض على الكمال مثل الهبة المشروطة بعدم السرقة أو السكر فان الأصل فيها التبرع ومحبة الموهوب له والشرط زائد عليها

وليلاحظ أن الممنوع هو كون الشرط الموجب مقابلا للتعهد كما لو تعهد زيد بدفع مبلغ من المال لبكر إذا ضرب هذا خالدا

أما إذا كان الشرط سالبا بمعنى أن زيدا يتعهد بدفع مبلغ لبكر إذا هو (أى زيد) لم يرتكب أمرا ممنوعا فهو جائز

الفرع الثالث — فى الشرط الصريح والشرط الضمنىّ

الشرط الصريح هو الذى ذكر فى التعهد

والشرط الضمنىّ هو الذى يستنتج من طبيعة التعهد

ومحل هذا الشرط التعهدات التى لها مقابل أى التعهدات المتبادلة بين طرفى المتعاقدين (راجع المادتين ٣٣٢ و ٣٨٨)

والشرط الضمنىّ شرط فاسخ على الدوام

والفرق بينه وبين الشرط الصريح أن الشرط الصريح يحدث أثرا بمجرد تحققه أى من دون حاجة إلى إنذار أو دعوى وإذا اضطر أحد الطرفين إلى المخاصمة كان على القاضى أن يحكم بالفسخ متى ثبت لديه تحقق الشرط

وأما الشرط الضمنىّ فإنه لايقتضى الفسخ بذاته بل يجعل للطرف المنتفع حق طلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض وللقاضى النظر فى ذلك

وللعاقدين أن يجعلا هذا الشرط صريحا بذكره فى العقد

وعلى كل حال يجب فى حالة التصريح بالشرط فى العقد أن يذكر عدم الحاجة إلى الإنذار وأن العقد يفسخ من نفسه بمجرد تحقق الشرط وإلا لزم الإنذار قبل الطلب وجاز للذى عليه الوفاء أن يفى إلى ماقبل الحكم (راجع المادة ٣٣٤)

الفرع الرابع — فى الشرط الممكن والشرط غير الممكن

الشرط الممكن ما كان متعلقا بأمر فى مقدور الانسان كالاستصناع والبيع والشراء والبناء وهكذا

والشرط غير الممكن هو ما كان ممتنعا أى متعذرا

وهذا الأخير لاغ فى عقود التبرعات كالشرط الممنوع قانونا ومبطل فى عقود المقابلة إن كان توقيفيا (مادة ١٠٤) فإن كان فاسخا فلا أثر له

لأنه إن كان توقيفيا فقد منع من انعقاد العقد كقولك : بعتك الدار إذا لمست القمر بيدك وإن كان فاسخا فالعقد باق أبدا كقولك : بعتك الفرس وأسترده إذا قام الميت من قبره

الفرع الخامس — فى الشرط الإرادى

الشرط الإرادى هو الذى يكل الأمر المشروط لمحض إرادة المتعهد كبعتك إذا تعلقت إرادتى بذلك

هذا الشرط باطل والعقد معدوم لأنه لا ينعقد

أما إذا كان الشرط يكل الأمر إلى إرادة الطرف الثانى فهو جائز كبعتك دارى إذا أردتها فى ثلاثة أيام

وكذا إذا وكل الشرط إلى إرادة غير العاقدين كالتعاقد على إجارة الدار إذا رضى ساكنها

ومن قبيل الشرط الجائز الشروط التى يظهر أنها خيارية وهى فى الواقع متعلقة بأحوال قد تكون وقد لا تكون كالتعهد بعمل أمر أو باعطاء شئ عند القدرة على ذلك أو إذا تحسنت أحوال المتعهد وهكذا ففى مثل هذه الأحوال ينعقد التعهد ولكنه يكون موقوفا حتى يتحقق الشرط

وجميع الشروط المعلقة على إرادة العاقد ومقترنة بأمر آخر جائزة كقول المشترى : أشترى هذه البضاعة إذا أعجبتنى أو هذه الدابة إذا أرضتنى تجربتها

وليلاحظ أن الشرط الإرادى غير الجائز هو الشرط التوقيفى وأما الشرط الإرادى الفاسخ فجائز فى جميع الأحوال كاشتراط الفسخ إذا أراد المشترى أو البائع

والعادة تحديد مدة لاستعمال هذا الحق

الفرع السادس — فيما يترتب على الشرط

يختلف أثر الشرط باختلاف أحواله

والشرط إما معلق وإما متخلف وإما متحقق

المبحث الأول — أثر الشرط المعلق

الشرط المعلق هو الذى لا يزال أثره مجهولا فلا يعرف إن كان يتحقق أو يتخلف كرجوع السفينة من مصر إلى الصعيد

وهو إما توقيفى وإما فاسخ

فإن كان توقيفيا فالعقد معلق وليس على المتعهد واجب وليس للتعهد له حق قبله

غير أنه لايجوز للبائع أن يتصرف فى المبيع وإذا فعل فتصرفه يكون معلقا إن تحقق الشرط بطل التصرف وإن تخلف كان التصرف جائزا

وكذلك ليس للدائنين أن يبيعوا على البائع العقار المبيع منه تحت ذلك الشرط إذا كان المشترى سجل عقده قبل الحجز

والمدين بهذا الشرط إذا دفع دينه والشرط معلق جاز له استرداد مادفع لكن يجوز للدائن أن يتخذ جميع الاجراآت التحفظية فيقطع سريان مضى المدة ويدخل فى قسمة الغرماء احتياطا لحقه ويجدد تسجيل الرهن

ويستثنى من ذلك الحجز التحفظى فغير مرخص له باستعماله

وإذا استلم المتعهد له العقار فعليه ضمان ثمرته للبائع إذا تخلف الشرط

والشئ إذا هلك فعلى البائع لأن الملكية لم تنتقل بعد وبذلك ينتهى التعهد ولا تأثير لتحقق الشرط بعد ذلك (مادة ١٠٦)

وأما إذا كان الشرط فاسخا فالعقد موجود وآثاره كلها سارية كذلك فيستلم المشترى المبيع وله ثمرته ورهنه وترتيب الحقوق عليه

إلا أن هذه التصرفات كلها تتبع الحق الأصلى فإن تحقق الشرط وسقط العقد سقطت تلك الحقوق والتصرفات ورد الشئ إلى صاحبه خاليا من كل قيد

وإذا هلك الشئ أو تلف فعلى المتعهد له لأنه المالك إلا فى البيع فإن هلاك المبيع قبل تسليمه على البائع (راجع ص٢٤١)

المبحث الثانى — أثر الشرط المتخلف

الشرط المتخلف هو الذى تحقق عدمه أو وجوده كما لو كان الشرط زواج زيد ومات قبل أن يتزوج أو كما لو تأخر رجوع السفينة فى الأجل المسمى

وكما لو حصل الأمر الذى كان التعهد مترتبا على عدمه كعدم زواج زيد فتزوج وكعدم المطر باكرا فأمطرت

وأثر الشرط إن كان توقيفيا عدم انعقاد العقد أصلا وإن كان فاسخا فالعقد باق حيث زال سبب الفسخ

المبحث الثالث ـ أثر الشرط المتحقق

يتحقق الشرط بوقوع الأمر المشروط كله فإن كان الأمر مركبا من أجزاء يقع بعضها إثر بعض فلا يعتبر الشرط متحققا إلا بتمام وقوع آخر جزء منها

ويجب أن يكون التحقق حاصلا على الكيفية التى لاحظها المتعاقدان و إلا فالشرط متخلف كما لو كان الشرط بناء دار لزيد بمعرفة بكر فبناها خالد إلا إذا كانت شخصية العامل غير أصلية فى الشرط

وكذلك يجب أن يكون تحقق الشرط فى الأجل المسمى فإذا تحقق بعد انقضاء الأجل فهو فى حكم المتخلف

و إذا تعذر تحقق الشرط بفعل المتعهد اعتبر متحققا

وأثر الشرط المتحقق تأييد العقد إن كان الشرط توقيفيا و إسقاطه إن كان فاسخا

و يعتبر التأييد أو الفسخ حاصلا من يوم العقد

وفى هذه الحالة يجب رد ما كان إلى ما كان

وحكم جميع التصرفات التى حصلت من أحد المتعاقدين أو منهما حكم العقد تتأيد إذا تأيد وتسقط إذا سقط (مادة ١٠٥)

ولا يحتاج فى ذلك إلى حكم القاضى إلا إذا كان أحد الطرفين لدودا

وليس للقاضى أن يتصرف فى الشرط بل عليه أن يقر أثره متى ثبت لديه تحققه

إنما يجوز له أن يقضى بأن الشرط ليس فاسخا إذا تبين له ذلك من مجموع العقد وأحوال الدعوى (١)

الفصل السادس
فى التعهدات الأجلية

الأجل أمر مستقبل محقق يتوقف عليه نفاذ التعهد أو سقوطه والأجل كالشرط توقيفى وفاسخ

(١) لم يذكر القانون من أحوال الشرط إلا قليلا جدا فى أربع مواد (١٠٣ ـ ١٠٦) وجميع الأحكام الواردة هنا مأخوذة من أحكام المحاكم وهى لا تنافى ما ورد فى القانون

الفرع الأول — فى الأجل التوقيفى

هو الأمر المستقبل المحقق الذى يتوقف عليه استعمال الحق المؤجل كالقرض المؤجل الوفاء به إلى سنة

فتى يحل الأجل لا يجوز للدائن أن يطالب الوفاء ومتى حل فهو فى حل من الطلب إلا أن التعهد موجود و إذا دفع المدين الدين قبل حلول الأجل ظانا حلوله فليس له الاسترداد

و يتبين من هذا أن الموقوف ليس هو التعهد بل الوفاء به أما هو فحاصل من يوم العقد

الفرع الثانى — فى الأجل الفاسخ

هو الامر المستقبل المحقق المترتب على وقوعه سقوط التعهد كما فى المرتبات المقررة لمدة الحياة أو لأجل معين (راجع ص ٣٠٨)

وهو يشبه الشرط الفاسخ من هذا الوجه

وحكمه بقاء التعهد واستمرار نفاذه حتى يحل الوقت المعلوم

والأجل بنوعيه يمنع من بداية سريان المدة فهى لاتبتدئ إلا بعد حلول الأجل

الفرع الثالث — فيمن ينتفع من الأجل

الأصل أن الأجل يشترط فى منفعة الملتزم تسهيلا للوفاء بالتعهد ويجوز أن يكون أيضا فى منفعة الدائن كالذى يقرض بفائدة فإن له مصلحة فى بقاء العقد طول المدة المتفق عليها (مادة ١٠١)

وفى هذه الحالة لايجوز للمدين أن يرد الدين قبل الأجل على الرغم من إرادة الدائن الا إذا دفع له تعويضا تقدره المحكمة عند التنازع

وأما فى الحالة الأولى فللمدين الحق فى الأداء فى كل وقت لكن متى دفع فليس له أن يسترد حتى يأتى الأجل لأن الدفع يسقط التعاقد الأصلى

وكذلك يجوز أن يكون فى منفعة الدائن وحده كما فى الإيرادات المرتبة الى آجال محدودة

ولكل ذى حق فى الأجل أن يتنازل عنه

الفرع الرابع ــ فى سقوط الأجل

يسقط الأجل ويحل الدين فى حالتين (مادة ١٠٢) :

الأولى ــ إفلاس المدين

الثانية ــ إذا أتى المدين أمراً يوجب ضعف التأمينات التى أعطاها للدائن كما لو أعدم الرهن الذى وضعه تأمينا للدين

فإذا انعدم الشىء المرهون بقوة قاهرة لايسقط الأجل كما لو احترقت الدار

والأجل نوعان : اتفاقى وهو ماتقدم وقضائى وهو الذى يعطيه القاضى للمدين

والفرق بين الأجلين ما يأتى :

(أ) الأجل القضائى لايمنع المقاصة والأجل الاتفاقى يمنع منها

(ب) الأجل القضائى لايمنع الحجز التحفظى بخلاف الأجل الاتفاقى

(ج) يسقط الأجل القضائى بأسباب سقوط الأجل الاتفاقى وبأسباب أخرى منها الحجز على أمتعة المدين من دائن آخر

مبحث ــ فى الفرق بين الشرط والأجل

١ ــ الشرط أمر غير محقق والأجل محقق

٢ ــ الشرط التوقيفى يمنع وجود الالتزام والأجل التوقيفى يمنع من استعمال الحق

٣ ــ يسترد الدين إذا دفع قبل تحقق الشرط وذلك غير جائز فى حالة الأجل

٤ ــ أثر الشرط بنوعيه يقع فى الماضى أى من يوم التعهد وأثر الأجل لايكون إلا فى المستقبل

٥ ــ هلاك الشىء أو تلفه يكون على المتعهد فى حالة الشرط وعلى المتعهد له فى حالة الأجل إلا فى حالة البيع كما تقدم (راجع ص ١٥٣)

الفصـــــل السابع

فى التعهدات التخييرية

هى التى يكون فيها محل التعهد متعددا وتبرأ ذمة المتعهد بالوفاء بواحد منها

مثال ذلك : تعهد زيد أن يعطى بكرا فرسا أو بغلا أو حمارين أو ألف قرش

ويجب أن تكون الأشياء معينة بذاتها

والأصل فى الخيار للمدين و يجوز الاتفاق على أن يكون للدائن (مادة ٩٦)

ومميزات هذا التعهد هى :

١ ـ موضوعه غير معين بالذات إلى أن يقع الاختيار

٢ ـ إذا كان من ضمن الأشياء مالا يجوز التعاقد عليه كان التعهد قاصرا على غيره فإن لم يبق إلا شئ واحد صار التعهد بسيطا (مادة ٩٧) كما لو تعهد المدين باعطاء فرس أو بغل أو بإتلاف زرع خالد فيعتبر العقد غير موجود بالنسبة لإتلاف الزرع وموجودا بالنسبة لاعطاء الفرس أو البغل

٣ ـ إذا هلك موضوع العقد فله أحكام خاصة تتلخص فيما هو آت :

الفرع الأول ـ فى الخسارة فى حالة ما إذا كان الخيار للمدين

إما أن يهلك أحد الأشياء فالخسارة على الملتزم لأن العقد ينفذ فيما بقى (مادة ٩٧) ولا يلتفت إلى سبب الهلاك إن كان قوة قاهرة أو تقصير المدين

وإما أن تهلك الأشياء جميعها فالعقد منفسخ لاستحالة التنفيذ وهذا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة

وقد يكون الهلاك بسبب تقصير الملتزم

فإن هلك شئ واحد فعليه ثمنه وهو ملزم بالثانى

و إن هلك الكل ينظر :

إن كان مقصرا فى الجميع فهو المسؤول عن قيمة الأخير لأن التعهد قد أصبح مقصورا عليه

و إن كان مقصرا فى البعض دون البعض وكان تقصيره حاصلا فى هلاك الشئ الأخير فعليه قيمته

و إن كان تقصيره فى الشئ الذى هلك أولا فلا شئ عليه لأن حق الدائن قد أصبح قاصرا على الشئ الباقى فإذا هلك بقوة قاهرة فلا شئ على المتعهد[1]

(١) مع ملاحظة ما تقدم بالنسبة للبيع

الفرع الثانى ــ فى الخسارة فى حالة ما إذا كان الخيار للدائن

إذا هلك الكل بقوة قاهرة انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ

وإذا هلك الكل بتقصير المدين فالخيار للدائن فى قيمة التعويض أعنى أنه يقدر التعويض باعتبار الشئ الذى كان يختاره (مادة ١٠٠)

وإذا هلك الأخير بتقصير الملتزم وهلك الباقى بقوة قاهرة فعلى الملتزم دفع قيمة الأخير

وإذا هلك الأول بتقصير الملتزم وهلك الباقى بقوة قاهرة فعلى الملتزم دفع قيمة الأول أو الثانى باختيار الدائن لأن تقصير الملتزم كان سببا فى إضاعة حق الخيار الذى يكون للدائن وقد يبقى الشئ الأول إذا لم يقع من الملتزم تقصير (مادة ١٠٠)

وإذا هلك شئ وبقى شئ فالخيار للدائن إن شاء طلب التنفيذ فى الشئ الباقى وإن شاء طلب التعويض باعتبار الشئ الذى هلك (مادة ٩٩)

الفصل الثامن

فى التعهدات البدلية

هى التى يكون محلها أمرا واحدا لكن يجوز للمتعهد أن يفى بأمر آخر بدلا من الأول ويجب أن يكون كلا الأمرين معينا

والشبه كبير بين التعهدات التخييرية والتعهدات البدلية إلا أن هناك فروقا ذات شأن فى المعاملات وهى :

١ ــ حقيقة التعهد التخييرى موقوفة على الشئ الذى يختار فإن كان عقارا فالتعهد عقارى وإن كان منقولا فهو شخصى أما حقيقة التعهد البدلى فمحققة من يوم التعهد لأن المتعهد به معين والبدل أمر عارض

٢ ــ لايجوز للمتعهد له أن يطلب فى التعهد التخييرى إلا أحد الأشياء المتعهد بها أو الذى يختاره منها إن كان الخيار له

وأما فى التعهد البدلى فليس له إلا طلب الشئ الذى هو موضوع التعهد أصلا وعلى القاضى أن يقضى به وإنما المتعهد هو الذى له عرض البدل أثناء الخصومة أو بعد الحكم

٣ - إذا كان أحد السببين فى التعهد التخييرى محرما فالتعهد باق فى الآخر وأما الحرام وعدمه فى التعهد البدلى فراجع إلى الشئ المتعهد به أصلا لا إلى البدل

٤ - هلاك أحد الشيئين فى التعهد الأول لا يفسخ التعهد وهلاك المتعهد به أصلا فى التعهد البدلى يفسخه حتما لانعدام محله

ومثال التعهد البدلى الهبة لغير وارث مع الترخيص هذا الأخير بدفع مبلغ من المال للموهوب له بدل العقار

الفصل التاسع
فى التعهدات التضامنية

هى التى يتعدد فيها المتعهد لهم أو المتعهدون أو هؤلاء وهؤلاء من حيث الحق أو من حيث التعهد أو من جهة هذا وذاك

فالتضامن ثلاث صور :

الأولى - تضامن المتعهد لهم دون المتعهدين

الثانية - تضامن المتعهدين دون المتعهد لهم

الثالثة - تضامن المتعهدين وتضامن المتعهد لهم

مثال الصورة الأولى : زيد وبكر أقرضا بالتضامن خالدا قدرا من المال

ومثال الثانية : زيد أقرض بكرا وخالدا متضامنين قدرا من المال

ومثال الثالثة : زيد وبكر أقرضا بالتضامن خالدا وعليا متضامنين قدرا من المال

ولا تضامن إلا بعقد صريح أو بناء على نص القانون

الفرع الأول - فى تضامن الدائنين

يعتبر المتعهد لهم متضامنين إذا صرح فى العقد بتوكيل بعضهم عن بعض فى قبض الدين وحينئذ تتبع أحكام الوكالة (مادة ١٠٧)[1]

ويؤخذ من هذا التعريف أن التضامن بين المتعهد لهم لا يكون إلا بحكم العقد والواقع أنه لا تضامن بينهم بحكم القانون

(١) يوجد فرق بين هذا النص كما صدناه وبين النص الوارد فى القانون وصرفنا فى المطابقة للأصل ولا سيما إذا لوحظ أن المادة لا تنص على حكم التضامن وتكلمنا خاصة بتعريفه

ويجب التصريح فى العقد بذلك فاذا لم يصرح به فلا تضامن لأنه لا يكون ضمنياً البتة ووكالة أحد الدائنين عن الباقين وكالة خاصة قاصرة على قبض الدين

فلا يجوز التوسع فيها إلا أن حق القبض يستلزم حق المقاضاة بالضرورة وإلا كان التضامن عديم الجدوى

ويحظر على كل واحد من المتضامنين ترك الوكالة لأن منفعة الكل قائمة على التضامن المتفق عليه بإيجاب وقبول بينهم وكذا منفعة المتعهد حتى لايتشعب التقاضى

غير أن هذا الحظر ليس مطلقاً بل المراد أن تلاحظ أحكام الوكالة عند إرادة إبطال التوكيل حتى لايقع فى وقت غير لائق

الفرع الثانى ـ فى تضامن المدينين

يعتبر المتعهدون متضامنين إذا صرح فى العقد بذلك أو كان به نص فى القانون

والمتعهدون المتضامنون كفلاء بعضهم لبعض ووكلاء بعضهم عن بعض فى الوفاء بالتعهد

وتسرى عليهم فى ذلك أحكام الكفالة وأحكام الوكالة على وجه العموم (مادة ١٠٨)

لكن وكالة الواحد منهم عن الباقين ليست تامة وكذا كفالته لهم ولذلك لايجوز له ترك الوكالة فى الوفاء بالتعهد ثم هو لايقال من الكفالة إذا كان للمتعهد له ضمان خاص على أحد زملائه وزال ذلك الضمان ولو بإهمال هذا الأخير

ويؤخذ من هذا أن تضامن المتعهدين نوعان شرطى أى متفق عليه فى العقد وقانونى لا اختيار لهم فيه

وعلى كل حال لابد من وجود النص عليه فى العقد أو فى القانون فهو كتضامن المتعهد لهم لايؤخذ فيه بالظن

وليس هناك صيغة مخصوصة يجب استعمالها بل كل ماأدى معنى التضامن كاف كقولهم (تعهدنا متضامنين) أو (تعهد كل منا بدفع الدين بأكمله) أو (ندفع بدون إحالة بعضنا على بعض) وهكذا

ويجب أن يكون عقد التضامن بين المدينين واحدا حتى تصح الوكالة والكفالة فاذا جد متعهد جديد وأريد تضامنه مع الأولين لزم حضورهم معه فى العقد الجديد وتوقيعهم عليه

وإذا أبى أحدهم التوقيع على العقد بعد الاتفاق عليه انحل تضامن الذين وقعوا من قبل

لكن لامانع من أن يكون التضامن حاصلا بين بعض المتعهدين دون بعض وفى هذه الحالة إذا قام أحد المتضامنين بالوفاء برئت ذمة غير المتضامن ورجع من وفى الدين عليه بمقدار نصيبه غير أن رجوعه لايكون بناء على الكفالة أو الوكالة بل باعتبار أنه وفى دين الأجنبى (مادة ١٦١)

ويجوز أن يكون التضامن حاصلا من جهة أحد المدينين دون الآخرين كما لو تعهد أحدهم بأنه يقبل دفع الدين كله دون الآخرين وهو يعتبر فى هذه الحالة مدينا بنصيبه وكفيلا متضامنا فى الأنصباء الباقية

الفرع الثالث — فى التضامن القانونى (١)

تقضى القوانين بالتضامن فى أحوال كثيرة :

١ — فهو مقرر بحكم القانون المدنى فى الالتزامات الناشئة عن الجرائم أو عن أمر القانون بنص المواد (١٥٠ — ١٥٣) وفى إجارة الأشخاص بالنسبة للمهندس المعمارى والمقاول (مادة ٤٠٩)

٢ — وبحكم قانون العقوبات بين المحكوم عليهم بالغرامات والرد والمصاريف

٣ — وبحكم قانون التجارة فى تحاويل الكمبيالات (مادة ١٣٧) وشركات التضامن (مادة ٢٢) وشركات التوصية (مادة ٢٣)

٤ — وبحكم لائحة الجمارك فى مسائل التهريب (مادتى ٣٦،٣٤)

٥ — وبحكم قانون ١٣ مارس سنة ١٨٨٤ بالنسبة لعوائد المبانى (مادة ١٦)

الفرع الرابع — فى حكم التضامن

المبحث الأول — فى حكم تضامن الدائنين

لكل واحد منهم أن يتخذ الاجراآت التحفظية اللازمة لصيانة الحق المتعهد به ولكن ليس لأحد منهم أن يعمل عملا ضارًا بزملائه فإن فعل فلا ينفذ عمله إلا فى نصيبه

(١) لم نذكر صورة تضامن الفريقين الدائنين والمدينين لأنها مجموع الصورتين ولا يترتب عليها أثر خاص

مثلا : إذا تنازل أحدهم عن الحق كله يعتبر تنازله عن نصيبه فقط وكل عمل من أحدهم يفيد الجميع كالحجز وقطع سريان المدة وغير ذلك

وللمتعهد أن يدفع الحق لمن شاء منهم وأن يختار من يكون مدينا له لإيقاع المقاصة فى نصيبه

ومتى رفعت الدعوى من أحدهم علت قائمة من الباقين وسرى الحكم عليهم أجمعين إلا فى حالتين :

الأولى — إذا رفضت الدعوى لسبب خاص بالذى أقامها كما لو كان مدينا للمتعهد وحصلت المقاصة بينه وبين المدين

الثانية — إذا كان الرفض مبنياً على حلف اليمين الحاسمة من المتعهد بناء على طلب المتعهد له لأن طلب اليمين غير داخل فى الوكالة إذ هى قاصرة على القبض لا على التنازل عن الدين أو المصالحة فيه

وللمتعهد أن يدفع بالمقاصة بينه وبين المدّعى وكذا بينه وبين من يكون مدينا له من الآخرين وتكون المقاصة قاصرة على أنصباء هؤلاء فى الدين دون غيرهم

ومتى تم القبض وجب على الذى تولاه أن يقدم حسابا لزملائه وأن يقدم أنصباءهم كلها إن كان الوفاء تاما أو بنسبتها إن كان فى الجزء دون الكل

المبحث الثانى — فى حكم تضامن المدينين

لتضامن المدينين أحكام بالنسبة للدائنين وبالنسبة للمدينين أنفسهم

١ — بالنسبة للدائنين

(أ) للدائن أن يقاضى أى واحد من المدينين المتضامنين فى الدين كله وأن يشرك منهم معه من يشاء سواء كان ذلك من البداية أو أثناء سير الدعوى (مادة ١٠٩)

(ب) وفاء الدين من أحد المدينين يبرئ الباقين فلا يكون للدائن بعد ذلك حق قبلهم

(ج) للمتعهد له الحق فى إبراء أحد المتعهدين دون الباقين ولا يعتبر الإبراء شاملا لهؤلاء إلا إذا صرح بذلك تصريحا واضحا لأن الإبراء ترك للحق وهو تبرع فلا يؤخذ فيه بالظن (مادة ١١٤)

(د) له أن يسقط التضامن عن أحدهم أو عنهم جميعا

والإسقاط صريح وضمنى ويستدل على الضمنى إذا قبل المتعهد له من أحد المتعهدين المتضامنين نصيبه فى الدين وأعطاه وصلا ذكر فيه أنه قبض منه نصيبه أو إذا أقام عليه دعوى بنصيبه فدفعه أو حكم عليه به دون الباقى من الدين أو إذا استمر على قبض نصيب أحدهم فى القسط خمس عشرة سنة

٢ — بالنسبة للمدينين

(ا) لا يُسأل الواحد منهم أمام الباقين إلا عن قيمة نصيبه فى الدين

وليس له أن يطالب من الدائن إشراكهم معه فى الخصومة التى تقام ضده إلا أن له حق إدخالهم فيها بصفة ضمان ليصدر له الحكم عليهم ويكون له من ذلك سند قبل كل منهم إذا هو وفى الدين أو نفذ عليه من الدائن

(ب) الوفاء الحاصل من أحد المتعهدين المتضامنين يبرئ ذمة الباقين ويسقط التأمينات الخاصة التى كانت قبلهم للمتعهد له

(ج) لكن هذه التأمينات تبقى فى منفعة المتعهد الذى وفى الدين لأنه قام فى ذلك مقام المتعهد له ومع ذلك لا يكونون قانونا ضامنا لأكثر من نصيب الذى قدمها (مادة ١٦٢)

(د) إذا أبرأ المتعهد له أحدهم جاز للباقين أن يتمسكوا بهذا الإبراء فيما يختص بنصيب المبرأ (مادة ١١٤). راجع المادة (١٨٣)

(هـ) تسرى الاجراآت التحفظية التى يتخذها المتعهد له ضد أحد المتعهدين المتضامنين على الباقين فتنقطع المدة بالنسبة لهم جميعا وتلزمهم الفوائد ويعتبرون منذرين بالوفاء فإن هلك محل التعهد فعلى الكل

إلا أن انقطاع المدة المبنى على فعل أحد المتعهدين كاعترافه بالدين أو دفعه جزأ منه أو نصيبه لا يؤثر فى شركائه لأن هذا من الأعمال الضارة التى تخرج عن وكالته وهو فيها أجنبى عنهم فلا يضرهم شئ منها (مادة ١١١)

وكذلك إذا تنازل أحدهم عن التمسك بسقوط الحق بمضى المدة فانه يفقد حق الرجوع على شركائه

(و) ما يترتب على إقامة الدعوى على أحد المدينين المتضامنين يسرى على الباقين (مادة ١١٠) وللذى أقيمت عليه الدعوى أن يدفعها بالأوجه العامة والأوجه الخاصة به

وأوجه الدفع هنا ثلاثة :

الأولى — الأوجه العامة التى يشترك فيها جميع المتعهدين

الثانية — الأوجه الخاصة بمن أقيمت عليه الدعوى

الثالثة — الأوجه الخاصة بكل واحد من الباقين

فالأولى هى المنتزعة من طبيعة التعهد كما لو كان محله أمرا محرما أومن أحوال طرأت كمضى المدة أو هلاك محل الالتزام على المتعهد له

وأما الأسباب الخاصة بالمدعى عليه فهى المتعلقة بشخصه كما لو كان قاصرا أو مكرها على التعهد أو كان متعهدا إلى أجل أو تحت شرط

ومن هــذا النوع سقوط التضامن عنه وابراؤه وحده من الدين أو اتحاد الذمة (مادة ١١٣)

وهذه الأسباب نفسها خاصة بغيره إذا تحققت فيهم فليس له أن يدفع بها إلا فيما يتعلق بنصيب المبرإ كما تقدم

(ز) لمن أقيمت عليه الدعوى أن يدفعها بالمقاصة الخاصلة بين المدعى و بين أحد المتعهدين المتضامنين بقدر نصيب هذا الأخير

ولما كان النص بهــذا الحكم جاء مضطربا فى القانون لزمنا أن نخرج فيه عن الإيجاز المتبع فى هذه الرسالة وقد أفردنا له محلا خاصا فى آخر هذا الفصل

(ح) إذا هلك محل العقد بغير تقصير من المتعهدين فهلاكه على المتعهد له فاذا هلك بتقصيرهم أو بتقصير أحدهم فهم ملزمون بقيمته متضامنين لكن إذا استحق المتعهد له فوق قيمة الشئ تعويضا آخر فلا يلزم به إلا من ثبت تقصيره منهم

والوجه فى هذا أن وكالة المتعهدين المتضامنين بعضهم عن بعض لاتتعدى موضوعها وهو التعهد بالوفاء للدائن فليس منها أن يعمل أحدهم عملا يقتضى الزيادة فى هــذا التعهد فمن كان سببا فى الزيادة فهو الملزم بها وحده (مادة ١١١)

(ط) لايحتج بقوة الشئ المحكوم فيه بين المتعهد له وأحد المتعهدين المتضامنين على باقى هؤلاء لأن الوكالة التى بينهــم قاصرة على الوفاء أما الأعمــال الأخرى ومنهــا التقاضى فخارجة عنها

(ى) موت أحد المتعهدين المتضامنين لا يزيل تضامن الباقين أما ورثة المتوفى فلا يتضامنون ويسأل كل واحد منهم عن نصيبه فى نصيب مورثه بمعنى أنه لا يجوز للدائن أن يطلب من أحدهم وفاء الدين بأكمله بل يجب عليه إن أراد ذلك أن يدعوهم جميعا لأن مجموعهم هو الذى يقوم مقام مورثهم (١)

(ك) يفى المتعهد المتضامن عن نفسه وعن شركائه ويحل محل الدائن فى جميع حقوقه :

١ — فله الرجوع عليهم بما دفع عنهم أى بقدر أنصبائهم لكنهم ليسوا متضامنين له بل كل مسؤول عن نصيبه دون أنصباء غيره

ومع ذلك إذا أعسر أحدهم قسمت حصته على الجميع واستحق على كل منهم منها بنسبة نصيبه فى الدين (مادة ١١٥)

٢ — ويبقى له جميع التأمينات التى كانت لصاحب الحق قبل باقى الشركاء أو قبل بعضهم فإن كان الضمان خاصا به هو سقط بالضرورة

٣ — ولا يرجع إلا بقدر ما دفع أعنى أنه إذا اتفق مع المتعهد له على وفاء قسم من الدين فى نظير الكل وأخذ منه مخالصة بذلك فلا يرجع على شركائه إلا بقدر أنصبائهم فيما دفع بنسبة أنصبائهم فى الدين الأصلى

٤ — وله فوائد ما دفع من يوم الدفع

٥ — وإذا كانت بينهم من دينه معلق على شرط أو موقوف إلى أجل ودفعه فلا حق له فى الرجوع على الباقين بنصيبه إلا إذا حل الأجل أو تحقق الشرط وكان المدين المذكور معسرًا

والمراد بالشرط والأجل هنا ما اتفق عليه حين التعاقد أما ما يتفق عليه بين الدائن وبين المدينين أو بينه وبين البعض منهم فيتبع فيه نص العقد

٦ إذا كان الدين خاصا بأحد المدينين المتضامنين فهو الذى يتحمل فى آخر الأمر جميع الدين

(١) هذا النص يخالف مقتضى الوراثة فى الشريعة الاسلامية إذ الوارث لا يقوم مقام مورثه فى التزاماته إلا إذا أخذ من التركة شيئا فيكون مسئولا عن التزام مورثه فيما أخذ وإذا اتفق أن التركة كلها فى يد وارث واحد فلا تجوز مقاضاة غيره فى ديون المورث

مثلا : اشترى زيد دار بكر ووعد بدفع الثمن فى أجل مسمى وضمنه فى ذلك بالتضامن خالد ومحمد ثم حل الأجل فدفع محمد الدين كان له الرجوع على زيد وخالد ولهذا الرجوع على زيد

الفرع الخامس ــ حكم المقاصة فى التضامن

يؤخذ من المادة (١١٣) أن القانون منع المتعهد المتضامن الذى رفعت عليه الدعوى بالوفاء من الدفع بالمقاصة الحاصلة بين أحد شركائه وبين المدعى قالت : «لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن وإذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين»

ولكن المادة (٢٠١) تخالف هذا النص مخالفة تامة إذ جاء فيها : «ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين المذكورين إلا بقدر حصتهم فى الدين»

تناقض يوجب الحيرة أو هو يخرج الإنسان منها فيقول تعارضا تساقطا وأصبح السبيل خلوا من العقبات للأخذ بقواعد العدل والإنصاف. ومما يزيد فى الحيرة ورود المادة (١١٣) بعد المادة (١١٢) المرخصة لمن أقيمت عليه الدعوى بأن يدفعها بأوجه الدفع العامة والتى هى خاصة به فكأنه يؤيد بنص المادة (١١٣) مفهوم المادة (١١٢) وهو عدم جواز الدفع بالأوجه الخاصة بأشخاص زملائه ويتم تأكيد إرادة القانون فى ذلك باستثناء اتحاد الذمة من هذا المفهوم فى المادة (١١٣) نفسها

وقد حاول موسيو دوهلس أن يصلح بين النصين فقال :

«إن المادة (١١٣) خاصة بالصورة التى تكون فيها المقاصة حاصلة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين فى الدين كله فلا يجوز لمن رفعت عليه الدعوى أن يحتج بها على انقضاء الدين كله كما يحتج بها من حصلت معه ولنضرب مثلا لذلك :

«زيد يدين بكرا وخالدا وعليا فى اثنى عشر ألف فرنك ثم صار مدينا لبكر فى خمسة عشر ألف فرنك وأقام زيد دعوى على خالد يطلب دينه . لايجوز لخالد أن يدفع بانقضاء الدين كله بسبب المقاصة بين زيد وبكر ويمتنع من دفع جزء منه بتلك الحجة كما لو كان هو بكرا المدعى عليه والسبب فى ذلك عدم التحقق من أن بكرا لايبطل المقاصة بتركها وإن كانت واقعة حين التقاضى لأن الترك يسرى على الماضى أى أنه يجعل المقاصة كأن لم تقع

«إلا أنه من المبادئ المسلم بها أن هذا الترك لايترتب عليه ضرر لباقى المدينين المتضامنين بل حالتهم بعده تبقى كما كانت قبله وحالتهم قبل الترك هى براءتهم من دين زيد وصيرورتهم مدينين لبكر كل بقدر نصيبه بعد إسقاط نصيب بكر المذكور وهذه الحالة هى التى أراد القانون الاحتفاظ بها فى المادة (٢٠١) أعنى أن خالدا وعليا يحتجان بالمقاصة بقدر نصيب بكر وهو أربعة آلاف فرنك

«فإذا أقيمت الدعوى على بكر واحتج بالمقاصة اعتبر الوفاء تاما باعتبار الثلث من قبل بكر والثلثين من قبل خالد وعلى

«ويظهر مما تقدم أن هذا المبدأ يغير كثيرا من قاعدة التضامن لأن المدينين الذين ليس لهما مقاصة يحتجان بها لايلتزمان بالدين كله بل بثلثيه فقط

«ومن الواضح على كل حال أن حكم المادة (٢٠١) يخالف حكم القانون الفرنساوى فإن هذا يأبى على أحد المدينين المتضامنين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة بين أحد شركائه فى الدين وبين الدائن

«ومما لاشبهة فيه أن نص المادتين (١١٣) و (٢٠١) قاصر على حالة ما إذا لم يكن صاحب المقاصة قد احتج بها أما إذا فعل فقد سقط الدين كله ولم يعد للدائن حق قبل باقى الدائنين وأصبح كل واحد من هؤلاء مسؤولا لصاحب المقاصة بنصيبه فى الدين إذا قبلت المقاصة أمام القضاء أما إذا رفضت فيقضى عليه بدفع الدين كله

«وفى المادة (١٩٨) نص على الدائن الذى يدفع ماعليه لأحد مدينيه المتضامنين بدون أن يتمسك بالمقاصة التى كانت له ضد دائنه والنص غامض ينبغى أن نوضحه بمثال

«زيد يدين بكرا وخالدا وعليا فى ١٢,٠٠٠ فرنك وله كفالة على محمد ورهن على عقار إبراهيم تأمينا لدينه المذكور ثم صار زيد مدينا لبكر فى مثل هذا المبلغ معلوم أن الدينين

يتساقطان بنص القانون لكن بكرًا لم يعبأ بذلك وطلب حقه من زيد وهذا دفع الدين ولم يتمسك بالمقاصة فسقط دين بكر وبقى دين زيد قائمًا ضده وضد خالد وعلى

«الحكم أن عدم تمسك زيد بالمقاصة ضد بكر لا يترتب عليه ضرر لهؤلاء بل يجب أن يعاملوا كما لو كان زيد تمسك بالمقاصة

«وأما حاصل بفرض حصول المقاصة فهو سقوط الدين عنهم أمام زيد وحلول بكر محله فيكون على خالد وعلى أن يدفعا لبكر ثلثى الدين أى باسقاط نصيبه

«ومعلوم أن زيدا و بكرا لم يريدا أن يسقط هذا الدين لأن الاول لم يدفع بالمقاصة ولأن الثانى لم يعبأ بها كما تقدم ولذلك فهما وحدهما المسؤولان عن نتيجة ما أرادا وتلك النتيجة بالنسبة لزيد هى إقالة محمد الكفيل و إبراهيم الراهن من الكفالة والرهن و بالنسبة لبكر بقاؤه مسؤولا أمام زيد فى الدين كله وأما خالد وعلى فلا يسألان إلا فيما زاد عن نصيب بكر أعنى فى الثلثين

«ويجوز أيضا لمحمد ولإبراهيم الكفيلين أن يحتجا بالمقاصة التى سكت عنها زيد فيضيع عليه بذلك ما كان له من التأمينات الخاصة و إذا كان على عقار إبراهيم رهن لأجنبى متأخر الرتبة عن رهن زيد جاز للأجنبى أن يطلب شطب هذا الرهن الأخير لتكون له هو الرتبة الأولى كما لو كانت المقاصة قد وقعت

«وبالتأمل يتبين أن هذا الحكم لم يخرج عن مطابقته للقاعدة التى تقضى بأن ترك التمسك بالمقاصة لا يضر بحقوق الغير ولكن المادة مسخت الصورة فجاءت شوهاء

«والحاصل أن المقاصة تقتضى وجود دائنين مدينين أو شخصين لكل منهما التمسك على الآخر بالمقاصة غير أن المادة لم تبين من الذى تقصده منهما كما أنها لم تعين الدين ولا الكفيل ولا الراهن

«فإذا رجعنا إلى أصلها فى القانون الفرنساوى وهو المادة (١٢٩٩) زال اللبس وفهم مراد الشارع المصرى ونصها «إذا دفع انسان دينا عليه وكان له أن يرد الطالب عن نفسه بما له من الدين قبل الطالب ثم أراد استيفاء حقه فليس له أن يتمسك على الغير بالامتيازات أو الرهون التى كانت ضامنة لحقه إلا إذا كان معذورا فى جهله حقه وقت اقتضاء الدين الآخر منه»

«وعلى كل حال لاتسرى هذه الأحكام على من كان يجهل سبب المقاصة وكان معذورا فى جهله بل له أن يسترد مادفع أو يتقاضى حقه بصفته دائنا»

هذا ماقاله العلامة دوهلس وخلاصة رأيه أن المادة (١١٣) عامة والمادة (٢٠١) خاصة والعام يقيد بالخاص فالممنوع فى الأولى هو التمسك بالمقاصة فى الدين كله والمرخص به فى الثانية هو المقاصة فى نصيب الشريك الذى كان دائنا

وإنا مع اعترافنا بفضل هذا العالم المجرب لايسعنا التسليم برأيه هنا وإن كانت رغبته التوفيق بين النصين حتى لايهمل أحدهما كما أشار اليه إذ يرد عليه أن المادة (١١٣) اشتملت على حكمين أحدهما خاص بالمقاصة والثانى خاص باتحاد الذمة فمنعت التمسك بالأولى وأجازت التمسك بالثانية على قدر نصيب من اتحدت الذمة فيه وسياق النصين إثر بعضهما يؤدى حتما إلى القول بأن الممنوع ممنوع مطلقا أى كله وجزؤه

وعندنا أن نص المادة (١١٣) نقل عن القانون الفرنساوى (مادة ١٢٩٤ فقرة ٣) من دون التفات إلى مخالفته لمقتضى العدل ولمنفعة جميع المدينين إذ منع التمسك بالمقاصة لايفيد إلا تكرار التقاضى فمن يدفع الدين كله أن يرجع على شركائه بقدر أنصبائهم ومنهم الشريك الدائن الذى كان يصح التمسك بالمقاصة الحاصلة بينه وبين الدائن للجميع ولأن القول بأن المادة أرادت المنع من التمسك بالمقاصة فى الدين بأكمله تحصيل حاصل لأنه لافائدة للذى أقيمت عليه الدعوى من إسقاط الدين كله إذ هو بذلك لايفلت من التبعة قبل شريكه الذى تحصل المقاصة باسمه فهذا أن يرجع عليه بباقى حقه أو بنصيبه فيه على كل حال

أضف الى ذلك أن النص الفرنساوى إنما وضع لمنع المقاصة فى الجزء لافى الكل لأن العلماء قبله كانوا متفقين على عدم جواز التمسك بالمقاصة فى الدين كله وكانوا منقسمين فى جواز التمسك بها بقدر نصيب شريكهم فى الدين فجاء النص يفض هذا الخلاف ويمنع المقاصة مطلقا

وأقطع الحجج فى هذا الباب اتباع القانون الفرنساوى لنصه هذا بما ورد فى المادة (١٢٩٤) المقابلة للمادة (٢٠١) عندنا فإنه صرح فى هذه المادة أيضا بقوله «وكذلك لايجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يحتج بالمقاصة المستحقة لشركائه فى المديونية قبل الدائن»

ومع وضوح النص الفرنساوى على هـذا النحو لايزال جمهور عظيم من كبراء علمائهم يقول بجواز التمسك بالمقاصة بقدر نصيب الشريك الدائن والذين يخالفونه لا يذهبون إلى تصويب مذهب القانون بل ينقدونه و يقولون هذا حكمه

ولو أن الشارع المصرى لاحظ هذا كله لما استعار هذا النص على أنه لم يلبث أن رجع إلى ماهو الأولى وقرر فى المادة (٢٠١) جواز مامنعه فى المادة (١١٣) مع أن المادة (١٢٩٤) من القانون الفرنساوى كانت أمامه وقت اختراع هذا النص منها أى مادة (٢٠١) فهو إنما خالفها عمدا بعد أن نسى ماقاله فى المادة (١١٣) ولاحرج فى القول بعد ماتقدم أن النص الأول جاء عفوا لوجود النص الثانى بعده ناسخا وإن لم يكن نص المادة (١١٣) قد وضع بلا التفات فنص المادة (٢٠١) الوارد بعده وضع بالتفات تام وهو لذلك ناسخ له بالضرورة (راجع مُقاصّة ص ١٦٤)

ونخرج من هذا بتقرير حق التمسك بالمقاصة طبقا لنص المادة (٢٠١)

الفصـــــل العاشر

فى التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

١ — التعهد المنقسم هو الذى يكون موضوعه قابلا للتجزئة

٢ — والتعهد غير المنقسم هو الذى لايقبل موضوعه أن يتجزأ

والكلام قاصر على الثانية دون الأولى لعدم خروج هذه عن القواعد العامة وعدم قابلية التعهد للتجزئة يأتى من طبيعة محله أو من اتفاق المتعاقدين أو من الغرض المقصود من التعهد

ويكون موضوع التعهد غير قابل للقسمة بطبيعته فى مثل الأحوال الآتية :

١ — التعهد بترتيب حق ارتفاق أو برهن العقار أو بالتخلى عن العقار المرهون وكل تعهد بفعل أمر لايتجزأ

٢ — التعهد بعين معينة كالدار وقطعة الأرض والفرس وهكذا

٣ — كل تعهد بالامتناع عن أمر لأن المعدوم لايتجزأ

٤ — تعهد الضامن بالضمان

ويكون التعهد غير قابل للقسمة باتفاق المتعاقدين إذا صرحا بذلك فى العقد كبناء الدار ورسم الصورة

ويكون كذلك بناء على الغرض المقصود من التعهد كالتعهد بدفع مبلغ من المال لإخراج مسجون من السجن أو لاسترداد عقار فى يد الغير لأن دفع جزء من المتعهد به لايؤدى إلى الغرض المطلوب

ومن الواضح أن فائدة هذا التقسيم لاتظهر على الأخص إلا إذا تعدد المتعهدون أو المتعهد لهم أو الطرفان وذلك يقع كثيراً بوفاة أحد المتعاقدين أو وفاتهما وقيام الورثة مقام مورثيهم

أما إذا كان كل طرف فردا واحدا فالتعهد غير منقسم مهما كان موضوعه لأن المتعهد له لايجبر على قبول جزء من حقه دون الكل

الفرع الأول — فى حكم عدم الانقسام

متى كان المتعهدون أو المتعهد لهم أو الطرفان أكثر من فرد واحد اعتبر كل واحد منهم ملزما بوفاء التعهد بأكمله أو محقًّا فى استيفائه بأكمله

فيجوز لكل دائن أن يطلب من بعض المدينين أو منهم جميعا وفاء الدين كله وينتفع جميع الدائنين من انقطاع سريان المدة الحاصل على يد أحدهم أو بسببه ولا يجوز لأحدهم أن يتنازل عن الدين كله فلا يسرى تنازله إلا على نصيبه وشركاؤه ملزمون بقبول هذا التنازل

وأما المدينون فكل واحد منهم مطالب بالحق كله (مادة ١١٦) ولكن يجوز له أن يدخل شركاءه فى الخصومة فإن كان لايمكن الوفاء بغير واسطته يحكم له على شركائه بما يصيبهم من الدين كما لو كان موضوع التعهد تسليم عين معينة مملوكة لمن أقيمت عليه الدعوى وكان الباقون مشتركين معه فى التعهد بصفة ضمان أما إن كان التنفيذ جائزا بواسطة أحدهم بلا فرق فإنه يجب الحكم عليهم جميعا بالوفاء للمتعهد له مباشرة

وإذا انقطع سريان المدة بالنسبة لأحدهم لايسرى على الباقين وهذا الحكم مخالف للقوانين الفرنساوية ونقول به لأنه العدل ولعدم وجود نص يخالفه فى قانوننا

وقيام أحدهم بالوفاء يحله محل الدائن وينتقل إليه جميع التأمينات التي كانت له قبل باقي الشركاء ويطلب من كل واحد منهم نصيبه في الدين إذ لا تأثير لعدم انقسام التعهد بين المدينين (مادة ١١٦)

إذا كان هناك شرط جزائي مشترط في حالة عدم الوفاء واستحقه الدائن بفعل أحد المدينين كان واجبا على الكل ولهؤلاء الرجوع على الشريك الذي أوجب ذلك

الفرع الثاني — في الفرق بين التضامن وعدم الانقسام

١ ـ ينفك التضامن بموت الدائن أو المدين بالنسبة لورثة كل منهما ولا يطلب من أحدهما من الدين إلا بمقدار نصيبه في التركة وكذا لا حق لأحد ورثة الدائن أن يطلب أكثر من نصيبه في الدين

ولا ينفك عدم التجزئة بوفاة أحد المتعاقدين

٢ ـ إذا تحول التعهد التضامني إلى مبلغ من المال لا ينفك التضامن ولكنه يكون قابلا للتجزئة بهذا التحويل

٣ ـ المدينون المتضامنون وكلاء فيما بينهم ولا يوجب أحد المتعهدين بتعهد غير منقسم عن الآخرين

٤ ـ انقطاع المدة لا يضر إلا بمن حصل ضده من المدينين المتضامنين أو ورثتهم وهو يؤثر فيهم جميعا في التعهد غير المنقسم [١]

(١) لم يرد في باب التعهدات حكم يتعلق بهذا الموضوع إلا المادة (١١٦) ونصها «متى كان الوفاء بالتعهد غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد فكل واحد من المتعهدين ملزم بالوفاء بالكل وله الرجوع على باقي المتعهدين معه».

وواضح أن هذا النص أقل من أن يفي بأحكام هذا الموضوع كما لا يخفى ولذلك اضطررنا للرجوع إلى أحكام القضاء وأتينا بما اتفق عليه إلا ما أشرنا إليه إشارة خاصة على أن ما أخذناه لا يخالف نصا ولا يخرج عن القواعد العامة

الكتاب الثانى

فى الالتزامات التى يوجبها القانون

هى نوعان :

النوع الأول ــ الالتزامات التى يقضى بها القانون على كل إنسان مفروض أنه أخطأ ونشأ عن خطئه ضرر للغير وذلك يقع فى حالتين :

الأولى ــ إذا وقع الضرر بفعل من هم تحت رعايته كالصغير والمجنون . والسبب فى هذه التبعة أن القانون يفرض خطأ مسببه بعدم إحكام الرعاية التى هو مكلف بها (مادة ١٥٢)

الثانية ــ إذا وقع الضرر بفعل حيوان وإن كان ساريا بفرض الإهمال

ويُسأل عن هذا الضرر مالك الحيوان أو الشخص الذى ينتفع به كالمستعير (مادة ١٥٣)

وإذا تعدد المسؤولون عن تعويض الضرر فهم متضامنون معا (مادة ١٥٠)

النوع الثانى ــ النفقات

يجب على الفروع أن ينفقوا على الأصول وأزواجهم . وعلى الأصول أن ينفقوا على الفروع وأزواجهم وعلى الأزواج أن ينفق بعضهم على بعض (مادتى ١٥٥ و ١٥٦)

ويراعى فى تقدير النفقات حالة من تفرض لهم ويسر من تفرض عليهم ويجب دفعها شهرا بشهر مقدما (مادة ١٥٧)

ولا تضامن فى هذه الالتزامات (مادة ١٥٤)

والنفقات بين الأزواج من المسائل التى لا يجوز للمحاكم الأهلية أن تنظر فيها بمقتضى المادة (١٦ من لائحة الترتيب)

ولكن هذه المادة خاصة بالأحوال التى يكون لمن تجب عليه النفقة فيها وجه شرعى فى عدم أدائها ففى هذه الحالة تكون المحاكم الشرعية هى المختصة

وأما إذا لم يكن لدى الملزم بالنفقة وجه شرعى فى عدم القيام بها فالمحاكم الأهلية مختصة

الكتاب الثالث

فى الالتزامات المترتبة على الأفعال

قد يترتب الالتزام على فعل المكلف به وأمر القانون معا وذلك فى حالتين :

الأولى ـ شبه العقود

الثانية ـ الجرائم المدنية

الباب الأول

فى شبه العقود

شبه العقود هو عمل مباح يأتيه الانسان باختياره فيترتب عليه التزامه بحق لآخر وقد يترتب عليه إلزام غيره له بحق من دون أن يكون هناك اتفاق بين الاثنين (مادة ١٤٤)

ويقع ذلك فى حالتين : الحالة الأولى عمل الفضولى والحالة الثانية دفع مالا يجب

الفصل الأول

فى أعمال الفضولى

الفضولى هو الذى يباشر من نفسه عملا خاصا بغيره من دون أن يندبه ذلك الغير كمن يحرث أرض غيره أو يبنى جداره

ويترتب على ذلك العمل التزامات على الفضولى لرب المال والتزامات على هذا للأول

فيجب على الفضولى :

١ ـ أن يتم ماشرع فى عمله

٢ ـ أن يعتنى بالشئ كأنه له

٣ ـ أن يسير فى عمله كما يجب على الوكيل لموكله

٤ ـ أن يقدم لرب المال حسابا عن عمله

ويجب على رب المال :

١ ـ أن يكافئ الفضولى بتعويض ما يكون قد أنفقه

٢ ـ أن يفى بالتعهدات التى يكون الفضولى تعاقد عليها شخصيا فى مصلحة رب المال

٣ ـ أن يلتزم بما يكون الفضولى قد التزم به عنه للغير أى كأن التعاقد كأن باسم رب المال مباشرة

ويقدر التعويض باعتبار ما عاد على رب المال من الفائدة بعمل الفضولى

فإن كانت المنفعة زائدة عن المصرف فللفضولى كل ما صرف وإن نقصت فليس له إلا بقدرها فإذا صرف فى صيانة الدار مصرفا كبيرا لاتحتمله حالها كأن كانت مبنية باللبن فأصلح ما اختل منها بالآجر فلا حق له إلا فى التعويض المساوى للإصلاح بالصنف الأول

فإذا أقر رب المال عمل الفضولى كان لهذا قيمة ما صرف كلها بلا شرط

وليس للفضولى أجر على عمله

ويشترط لصحة أعمال الفضولى وترتب الالتزامات المذكورة خمسة شروط :

أولا — أن لايكون مفوضا للفضولى من قبل رب المال فإذا علم رب المال أعمال الفضولى وتركه يستمر عليها عُدّ ذلك ترخيصا وأصبح ذلك الفضولى وكيلا تجرى عليه أحكام الوكالة فيما عمله من ذلك الحين

ثانيا — أن يكون الفضولى قصد بعمله هذا منفعة رب المال فإن كان يظن أنه يعمل لنفسه ثم ظهر له خطؤه فله الامتناع عن الاستمرار على العمل ولا يجبر على إتمامه لكن يجوز أن يتحمل تبعة الضرر الذى ينال رب المال من العمل أولا ومن الترك ثانيا

ويراعى فى تقدير التعويض حسن نية العامل

ثالثا — أن تكون الأعمال التى يأتيها الفضولى مباحة فلو عمل عملا محرما فلا يترتب عليه أثر ما وإن قصد منه منفعة رب المال وانتفع به هذا الأخير بالفعل

وليس للفضولى فى هذه الحالة أن يسترد ماصرفه فى سبيل العمل الممنوع

رابعا — أن يكون الفضولى ذا أهلية للتعهد فإن كان غير أهل لذلك كالصغير والمحجور عليه فلا يترتب على عمله حكم من أحكام الفضولى بل قد يترتب عليه إلزامه بما أتلفه

خامسا — أن يكون العمل الذى عمله الفضولى متعلقا بمال الغير فلو ظن أنه يعمل للغير وهو فى الواقع يعمل لنفسه فلا فضول ولا التزام

ولا تضامن بين الفضوليين ولا بين أرباب المال إن كان هؤلاء أو أولئك أكثر من شخص واحد (مادة ١٤٩)

الفصل الثانى

فى دفع ما لا يجب

هو قيام شخص بوفاء تعهد لم يكن ملزما به حقيقة ولكنه ظن خطأ أن الوفاء به واجب عليه

يترتب على هذا العمل فائدة لمن حصل الدفع له ولكنها غير شرعية

ويترتب عليه خسارة الموفى مع كونه غير ملزم

ولأجل ذلك جاز له أن يسترد مادفع

ولا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة :

الأول ــ أن لايكون الموفى ملزما ولا الموفى له محقا كما لو دفع غير مدين لغير دائن وليس المراد بالدائن هنا المقرض أو المتعهد له تعهدا يقضى القانون بوفائه بل المراد أيضا ذو الدين الطبيعى كمن كان له دين وسقط بمضى المدة أو بحكم وقع خطأ فالدفع لمثل هذا الدائن دفع صحيح لا يقتضى الرد (مادة ١٤٧)

الثانى ــ أن يكون الموفى مدينا حقيقة لكن الدفع كان لغير الدائن

يجب الرد لأن الذى قبل الوفاء لاحق له فيه ولا شبهة (مادة ١٤٥)

الثالث ــ أن يكون الموفى غير مدين والموفى له دائنا حقيقة لشخص آخر

الأصل فى هذه الحالة الرد لكنه يمتنع إذا توفرت الشروط الآتية (مادة ١٤٨) :

(أ) إذا قبض الدائن الدين معتقدا صحة الوفاء أعنى أنه ظن الموفى قائما مقام المدين أو شريكه فى الباطن أو وكيله

(ب) أن يكون الدائن قد أعدم سند الدين بناء على ذلك الوفاء

(ج) أن لايكون الموفى مخطئا أعنى أنه كان يعتقد نفسه مدينا فإن كان يدفع عن علم بما يصنع فهو متبرع عن المدين الحقيقى ولا حق له فى الاسترداد من الدائن لكن له حق الرجوع على المدين

ويجب على الذى قبل الوفاء وهو عالم بأنه من غير ملزم به أن يرد ما أخذ (مادة ١٤٥)

فإن كان سيء النية أعنى أنه لم يكن دائنا أو يعرف أن الذى يدفع له مخطىء لأنه غير مدين وجب عليه (مادة ١٤٦) :

١ — أن يدفع فوائد المبلغ أو قيمة الثمرة على حسب الأحوال

٢ — أن يتحمل هلاك الشيء وإن كان بقوة قاهرة

٣ — إذا تصرف فى الشيء وجب عليه أن يرد قيمته الحقيقية وإن كانت زائدة على الثمن الذى أخذه

وله أن يأخذ ما يكون صرفه فى سبيل حفظ الشيء وصيانته على كل حال أى سواء كان حسن النية أم لا

وليلاحظ أنه لا تضامن بين الملزمين برد ما دفع خطأ إن كانوا أكثر من واحد (مادة ١٤٩)

البـاب الثـانى

فى الجـرائم المدنيـة

الجريمة المدنية هى كل فعل نشأ عنه ضرر للغير أى سواء كان ذلك الفعل معاقبا عليـه أم لا وسواء كان الضرر من لوازم ذلك الفعل أم لا وسواء كان الفاعل متعمدا ذلك الضرر أم لا

وكل فعل نشأ عنـه ضرر للغير يوجب على مَن وقع بخطئه تعويض ما نشأ عنه من الضرر (مادة ١٥١)

فيجب أن يكون هناك خطأ منسوب للفاعل

وعليه لايلزم مَن استعمل حقه استعمالا مباحا بتعويض ماقد ينشأ عن فعله من الضرر كما لو بنى على أرضه فسدّ النور والهواء على جاره إذا لم يكن لمالك الجـار حق ارتفاق على تلك الارض أو حفر بئرا فى أرضه فغاض ماء بئر جاره

والخطأ الموجب للتعويض إمّا أن يكون إهمالا أو عدم تحرز أو رعونةً

ويُقدّر التعويض باعتبار الضرر الحاصل

الكتاب الرابع

فى انقضاء التعهدات والالتزامات[1]

تنقضى التعهدات بأحد الأسباب الآتية (مادة ١٥٨) :

١ ــ الوفاء[2]

٢ ــ إبراء المتعهد من تعهده

٣ ــ استبدال التعهد بغيره

٤ ــ المقاصة

٥ ــ اتحاد الذمة

٦ ــ فسخ العقد[3]

٧ ــ مضى المدة

أما مضى المدة فقد تقدم ذكره (راجع ص ٩٨)

الباب الأول

فى الوفاء

وفاء التعهد هو إجراء مقتضاه على الوجه الذى اتفق عليه فإن كان باعطاء شئ وجب تسليمه عينا وإن كان بفعل أمر فبإمضاء الأمر على النحو المطلوب وإن كان بعدم فعل أمر فبالامتناع عنه

وللوفاء أهمية كبرى لأنه غاية الغايات من العقود والتعهدات لذلك اهتم به الشارع وأوسع لأحكامه

(١) أضفنا الالتزامات لأن أسباب الانقضاء يشملها أيضا فإنه متى مضى بالتحو بعض أصبح دينا على الملتزم وجاز فيه ما جاز فى باقى التعهدات فسقط بجميع أسبابها إلا فسخ العقد

(٢) حذفنا كلمتى (بالمتعهد به) الواردتين فى النص بعد كلمة (الوفاء) لأنهما تخصصان الوفاء بالتعهدات مع كونه يشمل الالتزامات أيضا

(٣) حذفنا كلمة (التعهد) الواردة فى النص بعد كلمتى (فسخ العقد) لما فيها من الإيهام بأن هناك عقدا غير عقد التعهد فضلا عن استهجان الوصف فى ذاته

الفصــــــل الأول

على من يجب الوفاء

يجب الوفاء أولا على المتعهد نفسه ثم على من حل محله من طريق شرعي كالوارث

ويجب الوفاء أيضا على مدين المدين متى كلفه المتعهد له بذلك وكان موضوع التعهد مبلغا من النقود

ولا يقبل الوفاء من غير المتعهد إذا ظهر من التعهد أن مصلحة المتعهد له قاضية بذلك (مادة ١٥٩) كالناسخ ذى الخط المعروف بالضبط والجمال والصانع الممتاز في صناعته

وكذا الوفاء بالامتناع لا يكون إلا من المتعهد نفسه لأن الامتناع عن الأمر خاص بالذات فلا يقوم مقام المتعهد غيره فيه بالضرورة

وإذا كان الوفاء واجبا على المتعهد أمام المتعهد له فهو أيضا حق له قبله أعني أنه يجب على المتعهد له قبول الوفاء متى عرض عليه بمطابقة العقد والقانون

وسيان عنده حينئذ أن يكون القائم بالوفاء المتعهد ذاته أو شخصا آخر ما عدا الاستثناءين المتقدمين

والأشخاص الذين لهم الوفاء بالتعهد كثيرون فهو جائز من كل من له فيه فائدة ولو اعتبارية . يدخل في ذلك شريك المتعهد وكفيله ومن بيده العقار المرهون والوكيل والدائن الذي يخشى بيع الملك بالبخس

ويشترط في الذي يقوم بالوفاء أن يكون أهلا للتصرف لأن الوفاء نوع من أنواع التصرف في المال (مادة ١٦٥)

فلا يجوز الوفاء من فاقد الأهلية

ومع ذلك يصح الوفاء ممن ليس أهلا للتصرف إذا وفى بالفعل دينا كان عليه ولم يعد عليه من ذلك ضرر ما (مادة ١٦٦)

فإن لحقه ضرر من الوفاء جاز إبطاله كما يجوز إبطال التعهد نفسه للسبب عينه . على أن إلغاء الوفاء ليس مفيدا إذ به يرجع فاقد الأهلية مدينا وللدائن أن يقاضيه في شخص النائب عنه

وإذا كان محل التعهد عينا وجب ان يكون الموفى مالكا لها فإذا حصل الوفاء بغير مملوك للموفى جاز للمتعهد له أن يرد العين التى قدمت إليه و يطالب الوفاء من جديد حتى إذا هلكت العين فى يده فانما تهلك على صاحبها لاعليه لأن ملكيتها لم تنتقل إليه ولا يسقط حقه إذا وجد حائل بين المالك الحقيقى وبين استرداد العين كمضى المدة إن كانت العين عقارا أو كمجرد الحيازة إن كانت منقولا وكانت الحيازة مستوفاة شروطها

وعلى كل حال لا يسوغ له طلب الوفاء إلا إذا رد العين لمن أعطاها له

كذلك يجوز للتعهد أن يسترد العين التى قدمها وفاء للتعهد ولم تكن ملكه وليس للدائن أن يحبسها حتى يحصل الوفاء على الوجه الصحيح

فإذا كان المتعهد له تصرف فى العين بحسن نية أى انه كان يجهل أنها غير مملوكة للتعهد سقط حق الطرفين : المتعهد فى الاسترداد والمتعهد له فى الرد وطلب وفاء جديد ، و يكون المتعهد وحده مسؤلا أمام المالك الحقيقى

وأما هذا الأخير فله حق الاسترداد ولا يحول بينه و بينه إلا حسن نية المتعهد له مع الحيازة فى المنقول أو مضى المدة فى العقار

الفصل الثانى

لمن يجب الوفاء

يكون الوفاء للدائن أى المتعهد له أو لوكيله أو لمن له الحق فى الشيء المتعهد به (مادة ١٦٧)[1]

فاذا حصل الوفاء لغير المتعهد له كان غير مبرىء من التعهد حتى إذا كان سنده بيد ذلك الغير

والوجه فى ذلك أن وجود السند فى يد إنسان ليس دليلا على أنه هو الدائن أو على أنه حل محله إذ يجوز أن يكون السند وقع فى يده بطريقة غير تحويل الدين إليه من الدائن كأن وجده فى الطريق أو سرقه

لكن إذا كان هنالك محل للاعتقاد بأن الشخص الذى بيده سند الدين هو المتعهد له أو هو الذى حل محله فالوفاء بالتعهد يكون صحيحا ومبرئا لذمة المتعهد

(١) ليس المراد بمن له الحق فى الشيء المتعهد به غير المتعهد له ، و يظهر أن القانون أراد دفع التناقض فى إذا كان محل التعهد حقا أو عينا كأنه قصر كلمة دائن على من له مبلغ من النقود مع أنه كثيرا ما تستعمل دين بمعنى متعهد به ودائن بمعنى متعهد له

مثال ذلك : توفى رجل ووقعت التركة فى يد شخص يدعى أنه الوارث وليس هناك معـارض له ولا دليل على أنه كاذب فإذا كان للمتوفى حقوق قبل آخرين ووفوها لهذا الوارث الظاهر وأخذوا منـه العقود الخاصـة بهم فوفاؤهم صحيح وإذا ظهر الوارث الحقيقى فليس له إلا الرجوع على مدعى الوراثة الذى حصل الوفاء له

ذلك لأن المتعهد لا يجد محيصاً من الدفع متى طالبه الدائن الظاهر الذى بيده سند الدين إذ ليس فى علمه أنه كاذب ولا وسيلة للتخلص من الطلب

ويجوز الوفاء للمحضر المكلف بالإنذار إن كان معه سند الدين

وكذلك يجوز الوفاء للمحامى وكيل المتعهد له إذا لم يكن توكيله قاصراً على المرافعة كأن كان عاماً

والوفاء للوكيل المعزول جائز إذا جهل المتعهد زوال الوكالة عنه

وهنـاك أحوال لا يجوز الوفاء فيها للمتعهد له وهى :

أولا ــ إذا كانــ غير أهل للتصرف وسببه صيانة مثله من الغش لضعف عقله أو عدم تجربته (مادة ١٦٥)

ومع ذلك إذا لم يلحقه من الوفاء ضرر فالوفاء صحيح (مادة ١٦٦)

ثانيا ــ إذا حجز على الدين تحت يد المدين بمعرفة شخص له دين على الدائن حجـزا تحفظيا فإن دفع المتعهد الدين للمتعهد له بعد الحجز كان ذلك غير مبرىء له بالنسبة للحاجز

ويسرى هـذا الحكم على المحجوز عليه لوفاء مبلغ معين إذا دفع مازاد عن ذلك المبلغ إلى الدائن الأصلى

مثال ذلك : زيد يسـتحق عند بكر ألف قرش وزيد مدين لخالد فى خمسمائة قرش فأوقع خالد تحت يد بكر حجزا تحفظيا بقيمة دينه أى خمسمائة قرش فحجز بكر هذه القيمة ودفع الباقى وهو الخمسمائة الأخرى إلى زيد . فى هذه الحالة يكون بكر مخطئاً فى دفعـه لأنه قد يعرض بذلك خالدا الحاجز إلى الخسارة كما لو كان دين خالد غير ممتاز وكان زيد مدينا لأشخاص آخرين غير خالد فلهؤلاء الدائنين أن يشـتركوا مع خالد فى اقتسام المبلغ المحجوز عليه تحت يد بكر وبذلك يخسر خالد قيمة ماأخذه أولئك الدائنون

فإذا اسـتُحق محل التعهد إلى غير المتعهَّد له جاز الوفاء لهذا الأخير كما لو كان محل التعهد عينا فباعها المتعهد له إلى غيره أو دينا فتنازل عنه لأجنبى وهكذا (مادة ١٦٧)

الفصـــل الثـالث

ما الذى يُوفَّى به

هو الشئ المتعهد به

وهو ثلاثة كما علمت : إعطاء شئ ، فعل أمر ، الامتناع عن أمر

الفرع الأول — فى الوفاء بإعطاء شئ

يكون الوفاء بتسليم الشئ المتفق عليه نفسه فلا يتم بإعطاء غيره وإن كان مثله حتى لو كان فى ذلك منفعة أكثر للتعهد له إلا إذا قبل

ولا يجوز للتعهد له أن يطلب شيئا غير المتعهد به ولو تعذر الوفاء بهذا

وتسلم العين بالحالة التى هى عليها حين التسليم ولو كان بها تلف لكن يشترط أن لايكون التلف آتيا من تقصير المتعهد ماعدا حالة البيع

ولا يكون الوفاء جزئيا بل يجب أن يقع تاما وإذا امتنع المدين من وفاء ماهو ملزم به بالتمام فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقم المدين بوفائه فقط (مادة ١١٧)

ولايتأتى الوفاء التام فى جميع الأحوال وإنما يتأتى إذا كان محل التعهد عينا واحدة كالدار والدابة فإن كان منقولا كثير العدد مما يتجزأ كالبقول وغيرها جاز الوفاء تباعا أى جزأ جزأ

لكن يجب الإتباع أى عدم الفصل بين الجزء والجزء بزمن أكثر مما يلزم فى التسليم

وفى القروض يجب أن يكون الوفاء بأصل القرض وبفوائده ومن نقد يتعامل به فى البلاد من ذهب أو فضة حسب الاتفاق

وأما الأوراق المالية فلا تقوم مقام النقد إلا برضاء المتعهد له إلا إذا كان الناس ملزمين قانونا بالتعامل بها

والأصل فى النقد الذهب ولذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المتعهد له لايلزم بقبول النقد الفضى إذا زاد عن مائتى قرش ولا النحاس ولا النيكل إذا زاد على عشرة قروش (١٣ مايو سنة ١٨٨٩)

ويستثنى من قاعدة عدم تجزئ الوفاء بالتعهد النقدى الأحوال الآتية :

١ — إذا حصل الوفاء بطريق المقاصة وكان أحد الدينين أكبر من الآخر فتحصل المقاصة فى الدين الأكبر بقدر الدين الأصغر ولا يُسأل المتعهد بالدين الأول إلا عما زاد منه بعد المقاصة

٢ ـ إذا توفى المدين وقسمت تركته على ورثته وتحمل كلٌّ واحد منهم نصيبه فى الدين وحصل التصرف فى أعيان التركة لأنه إذا كانت الأعيان باقية فللدائن أن يتقاضى دينه كله ممن هى تحت يده منهم بدون تجزئة

٣ ـ إذا كان للمتعهد كفلاء غير متضامنين وأعسر لأنه لا تضامن بين الكفلاء

٤ ـ فى الأحوال الاستثنائية التى يجوز للقاضى أن يأذن فيها بتقسيط الدين على أزمنة معينة (مادة ١٦٨)

والأحوال الاستثنائية غير محصورة ولكنها ترجع إلى حال المتعهد وظروف الزمن كما لو تبين للقاضى أن المتعهد مجدّ فى الوفاء لم يسبق له المطل أو كان الوقت وقت إعسار عام أو كان المتعهد قد أصيب فى ماله بحادث دهرى وهكذا

ومع ذلك يجب أن لا يترتب على التقسيط ضرر كبير للمتعهَّد له

فإذا كان موضوع الاتفاق غير قابل للانقسام بحسب طبيعته أو باتفاق الطرفين كان الجائز للقاضى إعطاء المهلة المعتدلة دون التقسيط

ولا يجوز بحال الإمهال أو التقسيط فى الوفاء بقيم الكمبيالات

وليس من الجائز أن يتفق المتعاقدان على ترك المتعهد حقه فى طلب الإمهال من القاضى ويمتنع الإمهال بعد القضاء فى الدعوى فهو لا يكون إلا والخصومة قائمة

وكذلك لا يأذن به القاضى إذا كان المتعهد أضعف التأمينات المقدمة منه للمتعهَّد له وللمهلة القضائية فى مسائل البيع أحكام خاصة (راجع المادتين ٣٣٣و٣٣٤ ص ٢٥٠)

الفرع الثانى ـ فى الوفاء بفعل أمر

هو إنفاذ الأمر المتفق عليه طبقاً للاتفاق : كبناء الدار وحرث الأرض وحياكة الثوب

ويجب أن يكون الوفاء تاماً فإن كان المتفق عليه مما يقتضى أعمالا متعددة لا يتم الوفاء إلا بتمام العمل الأخير كنقل الأمتعة وطلاء للدار بالدهان

وإذا امتنع المتعهد من وفاء ما هو ملزم به بالتمام جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد أو أخذ التضمينات ويجوز له أيضا أن يحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفا لتعهده مع إلزامه بالمصاريف (مادة ١١٧)

والأصل أن الوفاء يكون من المتعهد نفسه وهو يجب كذلك إن كان لذات المتعهد اعتبار خاص فى التعاقد كما سبق ذكره

فإن لم يكن ذلك ملحوظا للتعاقدين جاز الوفاء ممن يقوم مقام المتعهد

الفرع الثالث — فى الوفاء بالامتناع عن أمر

هذا أسهل وفاء يطلب من متعهد إذ ما عليه إلا الامتناع عن الأمر أبدا إذا لم يكن أجل أو حتى ينقضى الأجل المسمى

الفصل الرابع

متى يجب الوفاء

يجب الوفاء فى الزمن المتفق عليه فى العقد إلا مهلة القضاء

فاذا تأخر المتعهد عن ذلك فعليه تبعة التأخير وهى تختلف بحسب الأحوال والعقود

فاذا لم يكن فى العقد أجل مسمى للوفاء اعتبر التعهد حالاً فى كل وقت ووجب الوفاء متى طلب المتعهد له ذلك

غير أنه يجب أن يكون الطلب فى زمن لائق والمراد بذلك أن يكون مضى وقت بين التعهد والطلب يسمح بالوفاء وذلك لازم على الأخص فى القروض لأن المقترض يطلب المال لقضاء حاجاته فينبغى أن يترك له الزمن المعقول ليقضى هذه الحاجات ويتصرف فى أموره ليفى القرض بعد ذلك والعبرة هنا باختلاف الأحوال

وهذه من أشد الصور حاجة إلى حذق القضاة فى الإذن بالمهلة أو بالتقسيط

الفصل الخامس

أين يجب الوفاء

يذهب المتعهد أو مَنْ ينوب عنه لاستلام العقار حيث يوجد

فإن كان دارا صح الوفاء بتسليم المفتاح إلى المتعهد له فى محله

والوفاء بالمنقول يكون حيث اتفق المتعاقدان (مادة ١٦٨)

فاذا لم يكن اتفاق وكان عينا فحيث توجد (مادة ١٦٩)

والقرض يوفى به فى محل المدين لا محل الدائن إذ هم يقولون : «وفاء الدين قبضه» و «من طلب القبض انتقل إلى حيث يقبض» (مادة ١٧٠)

تنبيه — فى نفقة الوفاء

يتحملها من التزم بها من المتعاقدين

فإن لم يكن اتفاق فالمتعهد (مادة ١٧١)

وهى تشمل نفقة النقل ورسوم سند التسليم إن كان له رسم

الفصل السادس
فى كيفية خصم مايدفع من الدين

قدمنا أنه يجوز الوفاء جزأً جزأً برضاء المتعهد له وقد يكون المتعهد فى القرض مدينا بقروض متعددة فاذا دفع للدائن سهما من المال لزم نقصه مما عليه فوجب أن يعلم القرض الذى ينقص منه

والمفروض أن الديون كلها مستحقة الوفاء

الخيار هنا للمدين لأنه هو أدرى بمصلحته

فاذا ذكر أحد الديون فى الوصل المعطى من الدائن كان ذلك قرينة قاطعة على رضا المدين بذلك

وإذا لم يذكر فى الوصل بيان الدين وجب أن يكون الخصم من الدين الذى يستفيد المدين من أدائه أكثر من استفادته من أداء غيره فاذا حصل نزاع فالفصل للقاضى (مادة ١٧٢)

مثلا : يقدم الدين ذو الفائدة على الدين الذى لافائدة له والدين المكفول على الدين غير المكفول وهكذا

فإن تساوت الديون خصم أحدها أو جزء منه

وإذا كان الدين الذى تقرر تقديمه فى الوفاء على غيره ذا فائدة وكان المبلغ المدفوع لايفى بالأصل والفوائد يبدأ بإيفاء الفائدة وكذا المصاريف إن وجدت ومازاد ينقص من الأصل (مادة ١٧٣)

وليلاحظ أن هذه الأحكام كلها خاصة بالدفع الاختيارى

أما إذا كان الوفاء حاصلا بناء على حكم وجب إيفاء الدين المحكوم به دون غيره

الفصل السابع
فى الوفاء مع الحلول محل الدائن

حلول دائن محل دائن آخر ينقل إلى هذا الأخير الحق المتعهد به وجميع ملحقاته كالتأمينات والرهون وغير ذلك

ومع ذلك لايكون للدائن الجديد من الحقوق إلا بمقدار ماأخذ المتعهد له الأول فى مقابل حقه

مثال ذلك : زيد يدين بكرا فى ألف قرش بجاء خالد ودفع لزيد فى مقابل دينه كله ثمانمائة قرش وحل محله . ليس لخالد أن يطلب من بكر أكثر من هذا المبلغ الأخير

وحلول دائن محل آخر يكون بالاتفاق أو بمقتضى القانون

الفرع الاول — فى الحلول بالاتفاق

يكون حلول دائن محل آخر بالاتفاق بين الأجنبي وبين الدائن أو بينه وبين المدين

المبحث الأول — فى الحلول باتفاق الدائن

الحلول هنا يشمل الدين وملحقاته وتأميناته وفائدته هي فى التأمينات

يحصل الحلول بإعلان الدائن ذلك حين الوفاء

ويجب أن يكون الإحلال صريحا لاغموض فيه وليس له صيغة خاصة وأن يقع حين الوفاء لابعده (مادة ١٦٢) لأن الوفاء يسقط الدين ويسقط ملحقاته والتأمينات من الملحقات فلا يجوز لمن سقط دينه أن ينقلها لغيره بعد سقوطها إلا إذا رضى من قدمها

ويكفى فى الإحلال ذكره فى سند الوفاء

فإذا كان الدين مقسطا وجب أن يكون الإحلال حاصلا وقت الوفاء بالقسط الأخير لأن الوفاء الذى يسقط التعهد هو الوفاء التام وأما الوفاء بجزء منه فلا وعلى كل لايترتب عليه سقوط جزء من التأمينات

وإذا حصل الإحلال بعد الوفاء وقبله المدين بقيت التأمينات ولاتسقط . لكن إذا كانت التأمينات مقدمة من غير المدين فقبول هذا غير كاف ولابد من قبول مقدمها وإلا فهى ساقطة

المبحث الثانى — فى الحلول باتفاق المدين

هو أن يتفق المدين مع أجنبى على أن هذا يفى بالتعهد ويحل محل الدائن فى حقوقه أى فى الدين وتأميناته (مادة ١٦٤)

ولا يشترط رضاء الدائن كما أن رضاء المدين غير واجب فى الحالة السابقة

وكذلك لايشترط أن يكون ذلك الاتفاق بعقد رسمى خلافا للقانون المختلط (راجع المادتين ٢٢٧ و ٧٣٧ من القانون المذكور)

لكن يجب أن يكون التاريخ ثابتا ليصح الاحتجاج به على الغير

ويجب أن يذكر فى المحرر أن التعهد من المدين لصالح الأجنبى إنما هو لوفاء حق المتعهد له الأصلى وأن هذا الوفاء تم بالفعل

ومتى ذكر ذلك فقد أغنى عن ذكر الإحلال على وجه خاص

حكم عام

الإحلال الاختيارى بنوعيه تابع للوفاء إن صح صح وإلا فهو باطل

الفرع الثانى ــ فى الحلول بمقتضى القانون

يقع الحلول بمقتضى القانون فى أربع حالات (مادة ١٦٢)

الحالة الأولى ــ حلول دائن لدين نفسه محل دائن آخر مقدم عليه بناء على رهن أو امتياز

مثال ذلك : لكل من زيد وبكر وخالد دين على يوسف ولكل منهم رهن مسجل على عقار واحد وزيد هو المرتهن الأول وبكر هو المرتهن الثانى وخالد هو المرتهن الثالث وقيمة دين كل واحد من الثلاثة ألف قرش والعقار المرهون يساوى أربعة آلاف قرش وقد استحق دين زيد وأراد البيع ولكن الوقت كان وقت عسر فاذا طرح العقار فى المزاد لا يحصل منه ثمن إلا ألفى قرش ولو حصل الانتظار زمنا لارتفع الثمن إلى ثلاثة آلاف قرش أو أكثر

فن مصلحة خالد المرتهن الثالث أن يدفع الدين المطلوب لزيد ويحل محله فيصير هو المرتهن الأول ويكسب المتعهد بذلك وقتا يمكنه من بيع العقار بما يفى بجميع المطلوب منه

لكن إذا لم يفعل خالد ذلك وبيع العقار بألفى قرش قسمت بين زيد وبكر ولم يناله هو (أى خالد) شئ

وقد يكون له منفعة أخرى من الحلول محل زيد وهو إبعاد دائن يصعب الاتفاق معه والتمكن بذلك من المساواة مع بقية الدائنين والإقلال من المصاريف التى تستهلك قسما من أصل ثمن العقار

الحالة الثانية ــ حلول مشترى العقار محل بعض الدائنين المرتهنين بعد إيفاء مالهم من أصل الثمن ليكون له حق الأولوية على باقى الدائنين إذا كان الثمن لا يفى بحقوقهم جميعا

مثال ذلك : اشترى زيد من بكر عقارا بمائة جنيه والعقار المذكور مرهون لثلاثة أشخاص بالتوالى : الأول له سبعون جنيها والثانى له ثلاثون والثالث له عشرون فإذا دفع المشترى قيمة الثمن للدائن الأول والثانى من دون أن يحل محلهما كان للدائن الثالث الحق فى أن يطلب منه دفع دينه وهو عشرون جنيها لأن العقار ضامن لهذا الدين لكن إذا حل محلهما أصبح هو فى الصف المتقدم ولا مصلحة للدائن الثالث فى بيع العقار لأن الثمن يكون من حقوق المشترى بصفته حالا محل الدائنين المتقدمين فى الدرجة

الحالة الثالثة – حلول شخص مدين مع آخرين محل الدائن إذا كان الكل متضامنين وكذا حلول الكفيل أو إذا كان التعهد غير منقسم

وفائدة المدين الذى يحل محل الدائن فى هذه الصورة هى فى اكتسابه حق الرجوع بما دفع على الباقين أو على أحدهم بعد إسقاط ما خصه فى الدين فإن لم يكن له هذا الحق وكان هو أيسر زملائه واضطر بناء على طلب الدائن أن يدفع الدين كله فليس له الرجوع على كل واحد من المدينين معه إلا بمقدار نصيبه وقد يكون من بينهم من هو معسر فيخسر حينئذ قيمة نصيب هذا الأخير وربما كان هو النصيب الأكبر

الحالة الرابعة – إذا وجد نص فى القانون يقضى بذلك (راجع مادة ٥٧٨ ص ٣٥٢)

الفرع الثالث – فيما يترتب على حلول دائن محل آخر

ينتقل الدين من حق الدائن الأصلى إلى حق الدائن الذى وفى ويعتبر دينا جديدا وليس له من مميزات الدين الأصلى إلا التأمينات فإنها تبقى له

فإذا فرض أنه كان للدائن الأصلى الحق فى فسخ التعهد لأى سبب كان ضد المتعهد فذلك الحق لا ينتقل إلى الدائن الجديد

ولا حق له فى فوائد الدين الأصلى بل له الحق فى الفوائد القانونية

فإن كان الحلول فى بعض الدين دون البعض تقدم الدائن الأصلى فيما بقى له على من حل محله فى الجزء الآخر لأن من القواعد المقررة أنه لا يجوز اعتبار عمل الإنسان صادرا منه ضد منفعته لكن إذا اتفق الاثنان على ذلك فهو جائز وقد طبق القانون نفسه هذه القاعدة فى الكفالة (مادة ٥٠٥)

وإذا كان من حل محل الدائن الأصلى أكثر من واحد اعتبر واكلهم فى قسمة الغرماء كشخص واحد ولا أفضلية لأحدهم على غيره منهم

وليلاحظ أن للذى حل محل الدائن حقا آخر غير الذى جاءه من ذلك الحلول وهو الحق الذى يأتيه بصفته وكيلا فى الوفاء عن غيره كما فى حالة التضامن أو بصفته فضوليا وقد يكون له منفعة من استعمال هذا الحق وذلك يقع إذا كان معه حال آخر

الفرع الرابع — فى وفاء الفضولى

الأحكام التى تقدمت خاصة بمن يدفع الدين و يحل محل الدائن لكن هناك مَنْ يدفع الدين ولا يحل وهو الفضولى

قالت المادة (١٦٠): يجوز لأى إنسان أن يدفع دين غيره إن كان مبلغا من النقود ولو بالرغم من إرادة الدائن أو المدين[1]

ومن دفع دين إنسان فله حق الرجوع عليه بما دفع (مادة ١٦١)

فإن كان الدفع رغم إرادة المدين جاز لهذا الأخير حين الرجوع عليه أن لايقبل الوفاء الفضولى فى الدين كله أو بعضه إذا ثبت أنه كان غير ملزم بذلك أمام الدائن الأصلى (مادة ١٦٢)[2]

فصـــل — فيما يعترض الوفاء

قد يعترض الوفاء أمران: أحدهما من قبل المتعهَّد له وهو إباؤه قبول حقه والثانى من قبل المتعهِّد وهو تأخره عن الوفاء

وحتى لايبق الأمر موقوفا أرشد القانون إلى الطرق التى يمكن بها المتعنت منهما فالمتعهد أن يبرأ من تعهده بعرض ماتعهد به على المتعهَّد له وهذا أن ينفذ على الأول قهرا

وسنورد هنا مايتعلق بالعرض أما التنفيذ فداخل فى كتاب التأمينات (راجع ص٣٧٧)

(١) هذا نص يجب العمل به وإن كان هناك ما يقدح فى حكمته

أما بالرغم من إرادة الدائن فسلم إذ لاحظّ للدائن فى أن يبق دائنا بل حظه فى استيفاء دينه

وأما بالرغم من إرادة المدين فى المسألة نظر إذ قد يكون الخطر من وراء ذلك لجواز أن يكون هذا الفضولى عاملا من نكاية المدين فإن من الناس من لاتسمح لهم أخلاقهم الخاصة أو مراكزهم العامة بالاستدانة من أى إنسان كان لما يترتب على ذلك من المساس بكرامتهم أو الشك فى سلامة مراكزهم والريبة فيما يعملون (راجع ص٣٢٨)

(٢) تقول المادة: (إذا أثبت أن مصلحته كانت تقتضى امتناعه عن الدفع للدائن الأصلى) وعموم هذا النص يؤدى إلى رد الفضولى بمجرد المصلحة الاعتبارية وذلك غير الواقع لأن هذه المصلحة كانت قائمة عند تقرير نص المادة (١٦٠) ولم تمنع الشارع من وضعها ولأن المصلحة الأدبية لاتكون فى عدم الوفاء بجزء من الدين لذلك أبدلنا عبارة النص فى الشرح إيضاحا للمراد

فرع — فى عرض المتعهد به على المتعهد له

عرض المتعهّد به على المتعهّد له هو تقديمه إليه حكماً أو فعلا

فإن كان المتعهد به عينا ففى الأمر تفصيل

إن كانت العين عقارا تبرأ ذمة المتعهد بتعيين أمين حارس للعقار بحكم فى خصومة يقيمها المتعهد ضد المتعهّد له (مادتى ١٧٦ مدنى و ٦٩٩ مرافعات)

وإن كان غير عقار فباعداد المتعهّد به فى محل الوفاء وإنذار المتعهّد له بالاستلام (٦٩٨ مرافعات)

وإن كان المتعهّد به فعل أمر تتبع القواعد المذكورة ويجب أن يكون المتعهد قد أتم ماتعهد به حتى يصح عرضه ومجرد الإنذار بالاستعداد للعمل غير كاف ولا مبرئ

فإذا امتنع المتعهّد له عن القبول وقت العرض جاز الحكم عليه بالتعويض (مادة ١٧٤)

وإن كان التعهد بالامتناع عن أمر فالوفاء هو السكوت التام كما تقدم

وإن كان المتعهّد به مالا أو منقولا تبرأ ذمة المدين بعرضه عرضا حقيقيا . ولذلك أحكام نص عنها فى قانون المرافعات (مادة ١٧٥)

ولتتمة الموضوع نوردها بالإيجاز (راجع المواد ٦٨٥ – ٦٩٩ مرافعات) :

١ – يكون العرض على يد محضر (٦٨٥)

٢ – يحرر المحضر محضرا يبين الشيء المعروض وعدد النقود وقبول الدائن أو امتناعه وتوقيعه على المحضر أو امتناعه أو عجزه (٦٨٦)

٣ – تترك للمتعهد له صورة من المحضر (٦٨٧)

٤ – إذا امتنع المتعهد له عن قبول العرض وكان نقدا أنذر بأنه سيودع فى صندوق المحكمة (٦٨٨) ثم يحصل الإيداع بحضوره أو فى غيبته

ويشمل الإيداع أصل القرض وفوائده المستحقة قبل العرض وبعده إلى يوم الإيداع ويحرر محضر بالإيداع يعلن به المتعهّد له فى ثلاثة أيام من تاريخه (٦٨٩) ويذكر فيه ما يكون واقعا من الحجوز على المبلغ المودع تحت يد المودع قبل الإيداع (٦٩٠)

٥ ـ للمتعهد له أن يستلم ما أودع ويعطى سنداً بالمخالصة ويرد صورة المحضر المعلنة اليه (٦٩١) بشرط أن يكون أعلن المتعهد بعزمه على الاستلام قبل حصوله بثلاثة أيام (٦٩٢)

٦ ـ إذا لم يستلم المتعهد له الشئ المعروض جاز للمتعهد الذى أودعه أن يرجع عن العرض ويسترد ما أودع بعد أن يكون أخبر المتعهد له بعدوله وبعد مضى ثلاثة أيام على الأقل من تاريخ الإخبار (٦٩٣)

٧ ـ إذا قام خُلف فى صحة العرض جاز للمتعهد أن يطلب من المحكمة الحكم بالصحة وللمتعهد له أن يطلب الحكم بالبطلان

٨ ـ قد يحصل العرض ولا يحصل الإيداع ويتقاضى الطرفان فى صحته وفى هذه الحالة يجب أن يذكر فى الحكم الصادر بالصحة أن أثره موقوف على الإيداع فعلا مع الفوائد إلى يوم حصوله

٩ ـ متى صدر الحكم بصحة العرض لا يجوز للمتعهد استرداد ما أودع وإن استمر المتعهد له على الامتناع من استلامه (٦٩٤)

١٠ ـ يجوز للمتعهد أن يعرض الدين وقت المرافعة أمام المحكمة فى الدعوى المقامة عليه من المتعهد له بشأن الحق المتعهد به ويسلم المعروض إلى الكاتب وهو يودعه فى الصندوق إن لم يستلمه المتعهد له (٦٩٧ المعدلة بالأمر العالى الرقيم ٩ مايو سنة ١٨٩٥)

الباب الثانى

فى الإبراء من التعهد

الإبراء من التعهد هو إسقاط الدائن جميع حقوقه قبل المدين بلاعوض (مادة ١٨٠)

ويحصل الإبراء عادة بعقد يشترط فيه مايشترط فى العقود(١)

ولا يشترط العقد الرسمى وإن كان الابراء من الدين معتبرا من الهبات لأن الهبة هنا موصوفة بعقد آخر (راجع ص ٨٠)

إلا أنه يشترط أن لاتزيد قيمة الدين المبرأ منه على الحد الجائز فيه الهبة من مال الواهب بالنسبة لبعض المسيحيين الذين تحظر عليهم شرائعهم التبرع بجميع أموالهم و بالنسبة للمسلمين لا ينفذ الإبراء الحاصل فى مرض الموت فيما زاد على ثلث التركة إن كان المبرأ أجنبيا وإن كان لوارث لزمت إجازة الباقين (راجع مرشد الحيران ٨٥)

وقد يكون الإبراء ضمنيا وذلك بتسليم صك التعهد للمتعهد لأن ذلك يجرد المتعهد له من دليل حقه وهو قرينة على ترك ذلك الحق وعلى كل حال فوجود السند بيد المتعهد قرينة على أن ذمته برئت من التعهد بأحد الطرق القانونية ولذلك صرح القانون بأن تسليم السند دليل البراءة

ذلك صحيح إذا كان السند غير رسمى

لكن إذا كان السند رسميا ضعفت القرينة المذكورة لأنه إذا خلا عن ذكر سببه فلايجعل المتعهد له عاجزا عن المقاضاة فى حقوقه بأخذ صورة رسمية من السجلات وهى فى قوة الأصل سواء بسواء

ومن أجل ذلك جاز للمتعهد له أن يقيم الدليل على أن وجود أصل السند فى يد الملتزم كان لسبب غير براءة ذمته

فصل — فيما يترتب على الإبراء

إبراء المدين يسقط عنه الدين أو الحق قبل الدائن ومن يقوم مقامه . و يتبع ذلك إبراء كفيله بقدر ما برئ منه (مادة ١٨١)

(١) تقول المادة (إذا كان فى الدائن أهلية التبرع) وهو نص لافائدة منه لأن الإبراء عقد والأهلية شرط فى جميع العقود وليس هناك أهلية خاصة للتبرع

إبراء المدينين المتضامنين — الإبراء من التعهد كله لأحدهم يبرئ الجميع سواء كان الإبراء حاصلا بعقد أو بتسليم السند وأما براءة ذمة أحدهم فلا تشمل إلا نصيبه وينقص التعهد بمقدارها (مادة ١٨٢)

وعلى ذلك يجوز لشركائه أن يرجعوا عليه بحصة من يعسر منهم (مادة ١٨٣)

إبراء الكفيل — إبراء الكفيل لا يبرئ المتعهد لأن التعهد يقوم بلا كفالة ولأن الكفالة حق للمتعهد له لا للمتعهد فله أن يتنازل عنها (مادة ١٨٤)

ومع ذلك إذا سلم المتعهد له السند إلى الكفيل جاز اعتبار ذلك إبراء لذمة المتعهد نفسه لتجرد المتعهد له عن دليل حقه كما تقدم

وإذا كان الكفيل أكثر من واحد وأبرأ صاحب الحق ذمة أحدهم جاز للباقين أن يطلبوا بقاءه ضامنا إذا كان ضمانه سابقا على ضمانهم أو مقترنا به (مادة ١٨٥) وذلك لأنهم إن كانوا متأخرين عليه كان المفهوم أنهم قبلوا الضمان اعتمادا على أسبقيته وإن كان ضمان الكل فى وقت واحد فيكون كل منهم معتمدا على اشتراك الآخرين معه فى الضمان

الباب الثالث

فى استبدال التعهد بغيره

استبدال التعهد بغيره أو تجديده هو إبطال التعهد الأول و إحلال تعهد جديد مخالف له بدلا منه باتفاق الطرفين المتعهد والمتعهَّد له (مادة ١٨٦)[1]

ويسميه القانون استبدال الدين بغيره باعتبار أن كلمة دين مرادفة لكلمة تعهد

والاستبدال عقد يجب لصحته من الشروط ما يجب فى جميع العقود و يزاد عليها ثلاثة :

الأول — وجود تعهد سابق فإن لم يكن هناك تعهد سابق كان التعهد الجديد باطلا لعدم وجود سبب له أو اعتبر تعهدا مستقلا إن كان له سبب غير التجديد فلا يصح تجديد تعهد وفى به ولا تعهد باطل لكن يجوز تجديد تعهد طبيعى أو تعهد معيب أو معلق على شرط وفى هاتين الحالتين يكون حكم التعهد الجديد معلقا على التعهد القديم إن صح هذا صح ذاك وإن ألغى ألغى

الثانى — نية التجديد وهى لا تؤخذ بالظن ولا بد من التصريح بها تصريحا كافيا لا من حيث النص بل من حيث ظهور الرغبة فيها من مجموع العقد ظهورا بينا

الثالث — أن يتصف التعهد الجديد بصفة لم تكن موجودة فى التعهد الأول وذلك يكون فى ثلاث صور : تغيير الموضوع وتغيير المتعهد وتغيير المتعهَّد له (مادة ١٨٧)[2]

الصورة الأولى — تغيير محل التعهد كما لو كان زيد متعهدا لعمرو بعشرين أردبا من الحنطة فاتفقا على ثلاثين أردبا من الفول بدلا منها أو باقى قرش فاتفقا على مرتب مقرر أو على عشرين أردبا من الحنطة بدلا منه أو بفعل أمر أو بالامتناع عن أمر فاتفقا على أمر آخر أو على مبلغ من المال

أما مجرد تغيير طريقة الدفع أو زيادة التأمينات أو نقصها أو تحرير سند رسمى بدل سند عرفى أو اشتراط فائدة لم تكن مشروطة من قبل أو تأجيل الوفاء أو تقسيطه فإن كل ذلك وما شابهه لا يعتبر تجديدا للتعهد

(١) تقول المادة (و يكون الاستبدال بعقد) موهمة بهذا النص أن المراد سند سواء كان عرفيا أو رسميا والواقع أن الكتابة ليست شرطا فى التجديد ولا هى ركن من أركانه وأن الحاصل بين الطرفين بمجرد الإيجاب والقبول وأن إثباته خاضع لقواعد العامة فيما يتعلق بالعقود وما يتعلق بغيرها وإنما المراد أنها لا تحصل إلا باتفاق كما أن التعهد القديم كان باتفاق

(٢) تحرير النص مقيم يوجب الإبهام وليس فيه إلا التطويل

ومن التجديد بتغيير محل التعهد تغيير سبب الالتزام كما لو كان المدين متأخر إيجار فكتب به سند تحت الإذن وذكر فيه أنه قرض

الصورة الثانية ـ تغيير المتعهد وهو يقع بسعى المتعهد نفسه أو بسعى أجنبى

فيقع بسعى المتعهد إذا قدم للمتعهد له شخصا قابلا للحلول محله فى الالتزام ورضى به المتعهد له فينتقل التعهد من ذمة المتعهد إلى ذمة المتعهد الجديد ويتم ذلك بمجرد رضا الجميع

وقد يكون الشخص الذى حل محل المتعهد مدينا له فيقال حينئذ إن هناك إحالة وهى تكون تجديدا إذا قبل المتعهد له إقالة المتعهد "الأصلى" بلا شرط ولا قيد وتكون إحالة إذا لم يقبله ويترتب على عدم الإقالة بقاء المتعهدين الجديد والقديم ملزمين بالوفاء أمام المتعهد له كأنه جاءه كفيلا حقه

ويقع بسعى أجنبى إذا تقدم هذا من نفسه للدائن وأحل محل المدين بقبول المتعهد له والحكم كما تقدم

الصورة الثالثة ـ تغيير المتعهد له ويقع ذلك إذا اتفق الطرفان الدائن والمدين على أن الوفاء بالتعهد يكون لثالث معين وقبل هذا الأخير ذلك الاتفاق وحينئذ يخرج المدين من التعهد قبل الدائن الأول ويصير مدينا للدائن الجديد بشرط الإقالة كما تقدم

أما إذا لم تحصل الإقالة فيعتبر العقد الجديد توكيلا للمتعهد الجديد فى القبض لا تجديدا للتعهد

وليلاحظ أنه يجوز حصول التجديد بصورتين فى آن واحد كتغيير محل الالتزام مع تغيير المتعهد أو المتعهد له

فصل

فيما يترتب على استبدال التعهد بغيره

يسقط التعهد القديم وتسقط معه جميع ملحقاته من رهن أو كفالة أو امتياز وهكذا

وإن كان التجديد حاصلا بتغيير محل التعهد أو شرطه لا تبقى التأمينات إلا إذا صرح بذلك فى التعهد الجديد (مادة ١٨٨)

وإن كان بتغيير الدائن وجب رضا جميع المتعاقدين

وإن كان بتغيير المدين من دون علمه وجب رضاه ببقاء التأمينات الأصلية

وسواء كان التغيير بناء على سعيه أو بدون علمه أو رضاه فإن الالتزام يسقط ولا حق للمتعهد له بالرجوع عليه إذا أعسر المتعهد الجديد إلا إذا اشترط ذلك في العقد وحينئذ يكون التجديد مشروطا بالوفاء

فإن كان هناك كفلاء فلا بد من رضاهم في جميع الأحوال (مادة ١٩٠)

وكذا تسقط التأمينات إن كان التجديد حاصلا بتغيير سبب الالتزام

وعلى كل حال لا يجوز الاتفاق على جعل التأمينات العينية ضامنة للدين الجديد مع زيادة فيه إلا إذا رضى الدائنون الآخرون إن وجدوا (مادة ١٨٩)[١]

وحتى يكون حفظ التأمينات العينية ساريا على غير المتعاقدين يجب أن يكون الاتفاق على ذلك بعقد رسمي يقترن زمن تحريره بزمن حصول التجديد (مادة ١٩١)

ويجوز أن يقع التجديد في عقد الكفالة وحده فيبقى التعهد المكفول كما كان أعنى أنه لا يتأثر بما يطرأ على الكفالة من التغيير لأنها تابعة وفي مصلحة المتعهد له وحده فلا دخل فيها للمتعهد الأصلي ولا للمتعهد

(١) وردت هذه الأحكام في النص بعبارة لا تكاد تفهم إذ ليس من الممكن التوفيق بين قوله (ومع ذلك لا يجوز الاتفاق على خلاف ما هو آت) وبين ما أتى كله لأنه رخص للعاقدين باستبقاء التأمينات التي كانت ضامنة للتعهد القديم لضمان التعهد الجديد ومن البديهي أنها رخصة لمن هي له أن يرغب عنها فإذا فسر صدر المادة كان الحكم أنه لا يجوز هو ترك هذه التأمينات وهو خطأ بين وليس مراد الشارع منه إلا ما يتعلق بحقوق الدائنين الآخرين لأنهم ليسوا طرفا في العقد الجديد لكن إذا قبلوا جاز التعاقد بالضرورة والحقيقة أن المادة موضوعة لبيان طريقة حفظ التأمينات العينية كما أن المادة التي تليها موضوعة لبيان طريقة حفظ الكفالات الشخصية فكان الأولى استبدال هذا النص بـ (يجوز للعاقدين الاتفاق على ما يأتي)

الباب الرابع

فى المُقاصّة

المقاصة هى تساقط حقين متقابلين لاثنين كل منهما دائن للآخر ومدين له

وهى نوعان : حتمية وجائزة

والمُقاصّة الحتمية قسمان : قانونية تقع بحكم القانون وبدون علم صاحبى الحقين بمجرد اجتماع الشروط المفروضة ، وطلبية لا تقع إلا بناء على طلب من له منفعة من وقوعها ولكنها تقع حتما بناء على الطلب

وشروط القسمين واحدة

والجائزة أيضا قسمان : اختيارية وهى التى تقع باتفاق صاحبى الحقين . وقضائية وهى التى يحكم بها القاضى فى أحوال مخصوصة

وشروط المقاصة الجائزة تختلف بعض الاختلاف عن شروط المقاصة الحتمية[1]

الفصل الأول

فى المُقاصّة الحتمية

المُقاصّة الحتمية هى التى لا يجوز للقاضى النظر فى استحقاقها وعدمه بل متى كانت حاصلة وجب القضاء بها

وهى نوعان : قانونية وطلبية كما تقدم

الفرع الأول — فى المقاصة القانونية

المقاصة القانونية هى التى تقع بين دينين متقابلين بدون علم صاحبيهما لمجرد كون أحدهما دائنا للآخر

مثال ذلك : زيد يدين بكرا فى ألف قرش ثم أصبح مدينا له فى مثل هذا المبلغ فتقابل الدينان وهما يسقطان حتما بهذه المقابلة وبدون عمل من أحد الطرفين أوعلمهما كما لو باع وكيل زيد دار موكله لبكر فى حضرة وكيله بثمن معلوم وكان زيد مدينا لبكر فى مبلغ من المال فتى تم البيع تقع المقاصة بين الثمن و بين دين البائع

(١) يتبين من هذا التقسيم أن التعريف الذى جاءت به المادة (١٩٢) وهو : «المقاصة هى نوع من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتعاملين إذا كان كل منهما دائنا ومدينا للآخر» تعريف قاصر لعدم اشتماله على جميع أنواع المقاصة ولذا عدلنا عنه إلى التعريف الوارد فى الشرح

فإن كان المبلغان متساويين كانت المقاصة تامة

وإن كانا غير متساويين حصلت المقاصة فى مقدار الأصغر منهما (مادة ١٩٣)

مثال ذلك : زيد مدين لبكر فى ألف قرش ودائن له فى خمسمائة تحصل المقاصة فى خمسمائة ويبقى زيد مدينا بخمسمائة

الفرع الثانى — فى المقاصة الطلبية

هى التى تقع بين دينين متقابلين لرجلين أحدهما مدين للآخر ودائن له بصفتين مختلفتين

مثال ذلك : زيد يدين بكرا فى ألف قرش ولبكر كفيل له دين على زيد بألف قرش كذلك فالكفيل مدين لزيد بصفته كفيلا ودائن له عن نفسه

لا تجوز المقاصة بين زيد وكفيل بكر إلا إذا طلبها هذا الأخير ومتى طلبها وقعت حتما أى أنه لا يجوز للدائن معارضة الكفيل فى طلبها

وقد يكون طالب المقاصة غير دائن لدائنه ولكن له فى المديونيــة شريك متضامن ولهذا الشريك دين على الدائن فإذا طلب الوفاء من الشريك غير الدائن جاز له أن يطلب المقاصة فى دين شريكه قبل المدعى بقدر نصيب هذا الشريك فى الدين المشترك

مثلا : زيد وبكر مدينان بالتضامن فى ألفى قرش لخالد وبكر يدين خالدا فى ألفى قرش فإذا طلب خالد حقه من زيد دون بكر فلزيد أن يطلب المقاصة فى ألف قرش من دين شريكه بكر قبل خالد (مادة ٢٠١)

وفى غير هاتين الحالتين لا تجوز المقاصة الطلبية

فلا يجوز للمدين أن يطلب المقاصة فى دين كفيله قبل الدائن (مادة ٢٠٠)

ولا لمدين المدين الذى له دين قبل دائن الاول أن يطلب المقاصة معه فى دينه ولا لمدين الشركة أن يطلب المقاصة من دين له على أحد الشركاء وإن كان الكل متضامنين فى الشركة

الفرع الثالث — فى شروط المقاصة الحتمية

يشترط فى المقاصــة الحتمية ثلاثة شروط حقيقيــة وشرط رابع لا مسوغ له كما سيجيء (مادة ١٩٤) :

الشرط الأول — أن يكون محل كل من التعهدين نقدا أو يكونا كلاهما مثليين كالحنطة والأصواف ونحوها من حيث النوع والثمن الغالب

فإن كانا مختلفين فلا تجوز المقاصة كما لو كان أحدهما نقودا والثانى قرسا

وكذلك لا تجوز المقاصة إن كان كل منهما عينا محدودة بذاتها كفرسين أو فدانين لأن القيمة تختلف

الشرط الثانى ــ أن يكون الحقان حالين أعنى أن كل واحد منهما مستحق الأداء فإن كان أحدهما حالا والثانى مؤجلا أو معلقا على شرط فلا مقاصة

أما الحق المعلق مفوجله على شرط فتجوز المقاصة فيه مع مراعاة الشرط المذكور فإذا تحقق رجع حق الدائن كما كان و إذا سقط الأجل لإفلاس المدين لا تجوز المقاصة لحيلولة الإفلاس من ذلك

لكن إذا كان تأجيل أحد الحقين آتيا من حكم القاضى فذلك لا يمنع من المقاصة لأن فائدة المهلة تزول متى صار المدين دائنا لدائنه

الشرط الثالث ــ أن يكونا خاليين من النزاع فإذا كان أحدهما ثابتا والثانى متنازعا فيه فلا مقاصة إذ يجوز أن يبطل الحق المتنازع فيه فيصير صاحب الحق دائنا غير مدين

مثال ذلك : زيد يدين بكرا فى ألف قرش بمقتضى حكم نهائى ويدعى بكر أنه يدين زيدا فى مثل ذلك المبلغ بسند غير معترف به من زيد أو بمقتضى حكم غير انتهائى وهكذا

الشرط الرابع ــ أن يكون محل وفاء الدينين واحدا فإن كان محل وفاء أحدهما فى الجيزة والثانى فى القاهرة فلا تجوز المقاصة حتى لو أقيمت الدعوى أمام محكمة مصر وهى محكمة الطرفين (١)

(١) هذا شرط يعوزه الشرح فى نفسه ويقصر الرأى عن تعليله مهما عظمت الرغبة فى ذلك

أما القانون الفرنساوى فإنه أجاز المقاصة وإن اختلف محل الوفاء فى الدينين ولاحظ ما قد ينجم عن ذلك من المصرف بجعل الكلفة على الطرف الذى كانت تجب عليه إذا وفى الدين نقدا

مثلا : لو كان محل دفع دين المصرى فى المثال السابق فى الاسكندرية ومحل دفع دين الجزايرى فى مصر فإن الأول إذا وفى الدين نقدا لزمه أن يسافر إلى الاسكندرية أو يحول المبلغ إلى محل الدفع بما من مصرف فى القاهرة وهذا أو ذاك يقتضى مصرفا والمقاصة تجعل هذا المصرف على الجزايرى وكان غير مكلف به فقال القانون الفرنساوى : إن يكلف بها المصرى إلا أن مع عبارة النص الفرنساوى مؤذنة بالمنع لمن لا يقرأ العبارة بتمامها فإن قال فإذا اختلف محل وفاء الدينين لا تجوز المقاصة إلا بمراعاة مصاريف الدفع عدا ذلك

ولعل الشارع المصرى وهو يسير سيرا على قانون الفرنساوى لم يقرأ إلا الشق الأول من هذا النص أى قوله : (لا تجوز المقاصة) فتبعها وليست هذه أول مرة عرفنا منه تلك العجلة التى سافر عنها صواب الحكم

ونحن نرى أن يطلق الشرع ويحب وهو محل المصاريف وأن يزال متى تحملها من وجبت عليه وصرح بذلك فى المطالب

الفرع الرابع — فى مستثنيات المقاصة الحتمية

متى اجتمعت الشروط الثلاثة المتقدم بيانها فى المبحث السابق وقعت المقاصة أو قضى بها حتما إلا أن هناك أحوالا تمنع فيها المقاصة مع توفر شروطها وهى أربعة :

الحالة الأولى — إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز (مادة ١٩٥) والديون التى لايجوز الحجز عليها هى :

(أ) الضرائب الأميرية وكذا الرسوم وعوائد الأملاك فلا يجوز لمن وجبت عليه إن كان دائنا للحكومة أن يحتج عليها بالمقاصة فى شئ مما ذكر حتى لاتتعطل المنافع العامة

(ب) الربع من أجرة الخدم وشهرياتهم وماهيات المستخدمين غير الموظفين ومعاشات هؤلاء (مادة ٤٣٤ مرافعات معدلة بقانون ٢ فبراير سنة ١٨٩٠)

(ج) كل مايستحق دفعه من الحكومة أو مصالحها بصفة معاش أو ماهية لموظف أو المستخدم ملكيا كان أو عسكريا أو بصفة مرتبات إضافية إلا إذا كان الحجز لوفاء مطلوب الحكومة من الموظف أو المستخدم بسبب وظيفته أو لسداد نفقة محكوم بها عليه فإنه يجوز حجز الربع من ذلك

والاستثناء خاص بمطلوب الحكومة وبالنفقة فلا تجوز المقاصة أيضا فى الربع المذكور لكن تجوز المقاصة فى الربع بين صاحب المرتب والحكومة وبينه وبين صاحب النفقة

والسبب فى هـذا المنع منع اضطراب المنافع العمومية فيما يختص بالحكومة وحماية الأشخاص المذكورين فى الاستثناء حتى لا يختلف أثر قانون منع الحجز

الحالة الثانية — إذا كان أحد الحقين وديعة عند أحد الطرفين (مادة ١٩٥) كما لو أودع زيد مبلغا من المال أو منقولا آخر مثليا ثم صار مدينا له فى شئ من ذلك

والسبب فى هذا المنع احترام الوديعة

الحالة الثالثة — إذا وقع الحجز على أحد الدينين قبل ترتب الثانى فى الذمة كما لو كان زيد يدين بكرا فى مبلغ وحجز عليه من أجنبى ثم صار بكر دائنا لزيد

وسبب ذلك أن الحجز يمنع زيدا من الوفاء لبكر فالدين موقوف

وليس هذا فى الواقع استثناء من القاعدة العامة لأن شرط حلول الدينين فاقد منهما ولكنا أوردناه لأن القانون نص عليه (مادة ١٩٩)

الحالة الرابعة ـ إذا حصل تحويل الدين برضا المدين : زيد له دين على بكر ومدين له فى مثله ثم حوّل أحدهما ماله قبل الآخر برضاه إلى خالد . يمتنع المحال من طلب المقاصة مع المحال إليه ولايبق له إلا طلب دينه من المحيل (مادة ١٩٧)

والواقع أن هذا ليس استثناء من المقاصة لأن الدينين ليسا متقابلين لدائنين مدينين لكن النص ورد لمنع اللبس إذ قد يسبق إلى الذهن جواز المقاصة باعتبار أن الدّين أصله مطلوب لمدين المدين به

الفصل الثانى

فى المقاصة الجائزة

هى التى لايحتمها القانون وإن طلبت لأن الشروط المتقدم ذكرها غير مجتمعة فيها وتقع المقاصة الجائزة باختيار صاحبى الدينين أو بحكم القاضى

المقاصة الاختيارية ـ هى التى يتفق عليها صاحبا الحقين فى غير أحوال المقاصة القانونية فتجوز بذلك بين دينين ليسا من نوع واحد وبين دينين أحدهما مؤجل الوفاء أو متنازع فيه وبين دين لازم ودين طبيعى وبين دين ووديعة وهكذا

المقاصة القضائية ـ هى التى يطلبها أحد الطرفين أمام المحكمة فى غير أحوال المقاصة الحتمية ويكون للقاضى حق النظر فيها فيقضى بها أو يرفضها على حسب أحوال الدعوى فيجوز للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بطلب ماله قبل المدعى والمقاصة فيه ولو كان حقه مؤجلا أو غير مقدر القيمة

ويشترط لقبول مثل هذا الطلب أن لا يكون هناك ضرر على الطرف الثانى وأن لايحتاج تقدير حق المدعى عليه إلى إجراآت خاصة كالتحقيق أو تعيين خبير وغير ذلك من أعمال المرافعات الطويلة

مثلا : لو ادّعى زيد بألف على بكر دينا ثابتا بسند غير متنازع فيه وكان بين بكر وزيد معاملة فى أمر خارج عن موضوع السند ولبكر بسببها حق قبل زيد كمرتب متأخر أو أجرة عمل وطلب بكر المقاصة فإن كان من السهل فى الجلسة معرفة ماله من ذلك قبل زيد حكم بها وإلا رفضت ولبكر مخاصمة زيد بدعوى مستقلة

ومن أسباب المقاصة القضائية ضعف التأمينات التى كانت لأحد الدائنين بفعل الآخر مثال ذلك : زيد يدين بكرا فى مائة جنيه وله رهن على منقول مملوك لبكر وهذا الدين مؤجل إلى سنة ثم صار زيد مدينا لبكر فى مثل حقه وحلّ أجل الوفاء به بعد

شهرين من تاريخ القرض الأول فاستولى بكر على الرهن بحيلة وتصرف فيه ، فى هذه الحالة يسقط الأجل ويحل الدين وتجوز المقاصة إلا أنها ليست محتمة على القاضى لكونها تابعة لنظره فى ضعف التأمينات التى يدعيها المدعى فإن كان ذلك الرهن هو التأمين الوحيد حكم بالمقاصة وإن كان هناك غيره وعدَّ كافيا فى الضمان رفضت وبعبارة أخرى يتوقف القضاء بالمقاصة على الحكم بسقوط الأجل وعدم سقوطه وهو أمر موكول للقاضى (راجع ص١٥٦)

ومن ذلك أيضا ما جاء فى المادة (١٩٨) ونصها :

«إذا اجتمع صفتا دائن ومدين فى شخص واحد ودفع ما عليه من الدين بغير التفات إلى المقاصة المستحقة له ثم طالب بما له من الدين وكان لمدينه كفلاء فيه أو شركاء متضامنون أو مداينون متأخرون عن المطالب المذكور فى درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهون تأمينا على الدين المطالب به فلكل من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التى لم يلتفت إليها إلا إذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بوجود دينه الذى كانت تمكن به المقاصة»

وبيان هذه الصورة يسهل بالمثال الآتى

١	٢	٣	٤	٥
دائن مرتهن مقدم الرتبة	مدين	شريك متضامن مع المدين	كفيل متضامن مع المدين	صاحب عقار [1] مرهون فى منفعة المدين
زيد	بكر	خالد	محمد	يوسف
٦				
دائن مرتهن متأخر الرتبة على العقار نفسه				
خليل				

(١) لم تذكر المادة مالك العقار المرهون فى منفعة المدين كما ذكرت مالك المنقول على أن حكم الاثنين واحد إذ لا خطر ولا فرق بين الاثنين

والمفروض أن بكرا يدين زيدا فى دين خاص به والمقاصة مستحقة فى الدينين لاستيفاء شروطها طلب بكر من زيد أن يفى بما عليه فلم يدفع زيد بالمقاصة ودفع الدين ثم جاء زيد هذا يطلب دينه من بكر

يجوز لنمرة ٣ و ٤ و ٥ و ٦ أن يردوا دعوى زيد بالمقاصة التى أهملها يوم أن طلب بكر حقه منه ليخلص نمرة ٣ من التعهد ونمرة ٤ من الكفالة وليحرر نمرة ٥ ملكه وليتقدم نمرة ٦ فى الرتبة على زيد ويوفى حقه

لكن لزيد أن يتخلص من هـذا الرد باثبات أنه كان يجهل دينـه على بكر كما لو كان الدين له وهو قاصر ثم بلغ رشده ولم يكن فى أوراق مورثه مايشير إلى ذلك وكان سند الدين عند أمين فسلمه إليه بعد أن دفع لبكر حقه

وللقاضى النظر فى صحة العذر فان قبله رفض طلب المقاصة وإن لم يقبله أجازها

وهذا النص من أقوى الحجج على مارأيناه من عدم صحة المنع الوارد فى المادة (١١٣) (راجع ص١٦٦ ـ ١٧٠) لأنه يبيح للشركاء المتضامنين فى الدين أن يطلبوا المقـاصة بالنيابة عن شريكهم المتضامن وليتها مقاصة مستحقة بل هى مقاصة أهملت وفات وقتها بين الدائن والمدين ثم إنهم يتمسكون بالمقاصـة فى جميع الدين وقد يربو على ما هو مطلوب منهم لا بمقدار نصيب شريكهم فى الدين كما جاء فى المـادة (٢٠١) (راجع ص١٦٦ ـ ١٧٠)

الفصـــل الثـالث
فى حكم المقاصــة

المقاصة بأقسامها الأربعـة ليست قهرية فهى لاتقع إلا بالطلب أو الاتفاق وليس للمحكمة أن تقضى بها من نفسها ويجوز لمن له الحق فيها أن يتنازل عنها (راجع ص٢٠٥)

ومتى وقعت المقاصة يترتب عليها :

١ ـ سقوط الحقين إن كانا متساويين أو سقوط الأقل منهما ونقص الآخر بمقداره

٢ ـ إذا سقط الحقان كلاهما سقطت جميع التأمينات التى كانت ضامنة للوفاء فإذا بقى جزء من أحدهما بقيت له كفالاته كلها لأنهـا لا تتجزأ ولا تسقط حتى يوفى الجزء الباقى إنمـا الكفيل يبرأ بمقدار مابرئت منه ذمة المدين

٣ ـ للشريك أو الكفيل المتضامن فى وفاء الدين إذا وفاه بالمقاصة أو جزأ منه أن يرجع على شركائه أو على المدين بمـا وفّى به عنهم كما لو كان الوفاء بالنقد

٤ ــ يقع أثر المقاصة الحتمية من يوم تقابل الحقين فتنقطع الفائدة وتعتبر الرهون والامتيازات ساقطة من ذلك الحين

وإذا دفع أحد الطرفين للآخر دينه وهو يجهل المقاصة أى حصولها بأن كان غافلا عنها أو لايعلمها أصلا جاز له استرداد مادفعه

وأما أثر المقاصة الجائزة فلا يقع إلا من يوم الاتفاق عليها أو من يوم صدور الحكم بها

٥ ــ تتبع قواعد خصم الوفاء نقدا فى الوفاء بطريق المقاصة (مادة ١٩٦)[1] فإذا تعددت الديون كان الخيار للمدين وإن لم يختر كان الخصم من الدين الذى له أكبر فائدة من وفائه وعلى كل حال يبدأ بخصم المصاريف والفوائد وما بقى يخصم من رأس المال

الفصل الرابع
فى ترك المقاصة

يجوز ترك المقاصة قبل حصولها بأن يتفق الطرفان على عدم الدفع بها إذا استحقت كما يجوز تركها بعد استحقاقها فيبطل حكمها

والترك صريح وضمنى

ويؤخذ الترك الضمنى من عدم الدفع فى الخصومة بالمقاصة أو من وفاء الدين مع علم المدين باستحقاقها

وسواء كان الترك صريحاً أو ضمنياً فلا تأثير له على غير الدائن والمدين فالمقاصة تعطى حكمها بالنسبة للغير كأنها وقعت من يوم استحقاقها لذلك تسقط الرهون والكفالات والامتيازات

والمراد بالغير هنا كل من كان له حظ من حصول المقاصة كالمدينين المتضامنين والكفلاء ومن لهم رهون متأخرة الرتبة على نفس العقار عن الرهون الضامنة للدين الذى كان يجب زواله بالمقاصة ومالك المنقول أو العقار المرهون فى منفعة المدين

على أن ذلك كله مشروط بعدم وجود العذر الصحيح (راجع ص ٢٠٣)

ويجوز للغير أن يثبت خلاف مايدّعيه الدائن

(١) النص الوارد فى القانون هو : «يحصل التسديد بالمقاصة كما يحصل فى حالة الوفاء بالدفع عند تعدد الديون» وقد عدلنا عن إيراده فى الشرح :

أولا ــ لمخالفته للنص الفرنساوى وهو رسمى

ثانيا ــ لغموضه

ثالثا ــ لكونه قاصرا على تعدد الديون فيسبق إلى الذهن أنه إذا لم يكن إلا دين واحد فلا تتبع قواعد الوفاء فى الخصم التى لا يبدأ بالمصاريف والفوائد قبل رأس المال وهو غير مسلم

واليك ترجمة النص الفرنساوى كلمة وراء كلمة : «التسديد يحصل فى حالة المقاصة كما فى حالة الدفع» ومع مافيه فهو أرجح وأشمل

الباب الخامس

فى اتحاد الذمة

اتحاد الذمة هو صيرورة المتعهد متعهدا من نفسه أو صيرورة المتعهد له متعهدا لنفسه فى الالتزام بعينه (مادة ٢٠٢)

مثال ذلك : زيد مدين لبكر أو دائن له ومات هذا عن زيد فأصبح زيد مدينا أو دائنا لنفسه

ويترتب على اتحاد الذمة انقضاء التعهد وما يتبعه من التأمينات لكن اتحاد الذمة فى شخص الكفيل لا يسقط الدين المكفول إذ الكفالة كانت أمرا زائدا عليه فيبقى هو بدونها

وإذا حصل اتحاد الذمة فى شخص أحد المدينين المتضامنين لاينقضى التعهد بالنسبة للبقية إلا بمقدار نصيب من اتحدت الذمة فى شخصه (مادة ٢٠٣)[1]

(١) لما كان اتحاد الذمة لايتأتى إلا فى صورة واحدة هى أن يرث الدائن مدينه أو المدين دائنه كان هذا الباب خاصا بغير المسلمين من تقضى شريعته باعتبار الوارث مسؤولا عن دين مورثه حتى فى أمواله بشرط أو بغير شرط لأن الشريعة الاسلامية تقضى بأنه لاتركة إلا بعد دين فالورثة أجانب عن المورث فى أمواله حتى توفى ديونه لافرق بين دين الوارث ودين الاجنبى

وفائدة ذلك تظهر عنـد تعدد الورثة ووجود دائنين آخرين للمورث ففى الحالة الأولى يتقاضى الوارث الدائن دينه أولا من التركة ثم يقتسم مابقى منها مع شركائه فى الإرث كل بقدر نصيبه الشرعى وهو يشـترك فى الحالة الثانية مع الدائنين فى توزيع ثمن التركة بينهم إذا لم يكن كافيا لإيفاء حقوق الكل

وإن كان له حق الأولوية عليهم أو على بعضهم لرهن أو امتياز تقدم عليهم واستوفى حقه أولا

هذا إذا كان الوارث دائنا فإن كان مدينا وكانت التركة مستغرقة بالديون وجب عليه دفع ما كان عليه للمورث بين يدى الدائنين

وإن لم تكن مستغرقة بالدين وكان معه ورثة آخرون نقص من نصيبه بقدر ماهو مطالب به فإن زاد المطلوب عن النصيب وجب دفع الزيادة إلى شركائه فى التركة

لم يبق إلا صورة واحدة وهى أن المورث لم يترك تركة أبدا أو أن التركة عينيـة والوارث فيها هو الدائن أو المدين

ولا احتيـاج لنص فى حكم الحالتين على كلا الحالين إذ الامر سهل من نفسه على أن سـقوط الدائنية أو المديونية هنا ليس مترتبا على المقاصة بل على عدم فائدة البقاء

الباب السادس
فى فسخ العقود

المراد بفسخ العقد إسقاط التعهدات التى كانت مترتبة عليه والفسخ أربعة أنواع :

١ ـ بطلان
٢ ـ فساد
٣ ـ تقايل
٤ ـ إلغاء

الفصل الأول
فى البطلان

العقد الباطل هو الذى لا ينعقد لفقدان أركانه أو أحدها كعدم الاختيار فى الصغير غير المميز والمجنون وكمخالفة النظام وغير ذلك مما تقدم بيانه

وأحكام البطلان هى :

١ ـ العقد الباطل لاينعقد ولا يترتب عليه أثر ما
٢ ـ العقد الباطل لايصحح
٣ ـ لكل ذى منفعة من عدم قيام العقد أن يطلب فسخه حتى المتعاقدين
٤ ـ لايزول البطلان بمضى المدة
٥ ـ ليس لأحد من المتعاقدين ضمان قبل الآخر بسبب البطلان
٦ ـ لايتصرف القاضى فى البطلان بل متى ثبت سببه وجب إيقاعه
٧ ـ البطلان المبنى على سبب محرم يحكم به القاضى من تلقاء نفسه

ويترتب على البطلان رد الشئ إلى أصله كما كان ورد كل طرف ما انتفع به من مال الآخر هذا مع مراعاة حقوق الغير التى قد تكون ترتبت على الشئ المنتقلة ملكيته لأحدهما

الفصل الثانى
فى فساد العقد

العقد الفاسد هو العقد الذى اصطحب به عيب يوجب فسخه

والعيوب التى تصاحب العقود هى التى سبق ذكرها فى باب أركان العقود (راجع ص١٢٧)

وأحكام فساد العقد هي :

١ ـ العقد الفاسد ينعقد ويحدث أثره حتى يفسخ
٢ ـ العقد الفاسد يجوز تصحيحه
٣ ـ ليس لغير من تحقق العيب من جانبه أن يطلب فسخ العقد بسبب فساده
٤ ـ يزول الفساد بمضي المدة
٥ ـ يجوز القضاء بالضمان لأحد المتعاقدين على الآخر بسبب فسخ العقد
٦ ـ للقاضي النظر في أسباب الفساد فيقضي بالفسخ أو بعدمه على حسب الأحوال
٧ ـ لا يحكم القاضي من تلقاء نفسه بفساد العقد

ولا يبقى العقد الفاسد فاسدا على الدوام بل يزول الفساد ويصبح العقد صحيحا وذلك بأحد أمرين :

الأول ـ تصحيح العقد
الثاني ـ مضي المدة

الفرع الأول ـ في تصحيح العقود

تصح العقود الفاسدة بتأييدها ممن له الحق في طلب فسخها

والتأييد نوعان : صريح وضمني

ويستدل على التأييد الضمني بتنفيذ التعهد وأما التأييد الصريح فلا يكون إلا بالكتابة

ويشترط في التأييد بنوعيه ما يأتي :

أولا ـ أن يكون الطرف الذي له حق الفسخ عالما بالعيب الذي يصححه فإن كان التصحيح غير ضمني وجب أن يكون بالكتابة وأن يذكر في المحرر الجديد أن السبب في كتابته هو تأييد العقد السابق مع بيان ذات العقد وأن يصرح بالعيب الذي كان متصلا بالعقد المذكور وذلك للاحتراز عن الخطاء فقد يجوز أن يكون العقد معيبا لصدوره من قاصر ولحصوله بالغش فإذا لم يذكر السببان فمن الجائز أن يظن الملتزم أنه يؤيد العقد للسبب الأول فقط فيمضي عقد التأييد ويكون ذلك وسيلة لضياع حقه في طلب الفسخ للغش

ثانيا ــ أن يكون التصحيح بعد زوال سبب الفسخ وإلا فإنه يقع هو أيضا معيبا كما لو أيد قاصر عقدا صادرا منه

المبحث الأول ــ فى مَنْ له حق التصحيح

هو العاقد الذى له حق الفسخ أى الطرف الذى تحقق العيب من جانبه وهو القاصر ومَنْ أكره أو غلط أو دلس عليه

المبحث الثانى ــ فى التصحيح بمضىّ المدّة

يزول العيب الموجب لفسخ العقد بمضىّ المدّة الطويلة أعنى خمس عشرة سنة وتبتدئ المدّة المذكورة من يوم زوال سبب العيب

فإن كان السبب عدمَ الأهلية فمن يوم بلوغ الرشد أو الإقالة من الحجر وكذا فى الغبن الفاحش

وإن كان إكراها فمن يوم زوال سبب الإكراه كأن توفى المكره أو سقط عنه الجاه الذى كان مدّعاة لخوف المتعهد

وإن كان الغلط أو التدليس فمن يوم وقوف المتعهد على ذلك وهو الملزم بإقامة البرهان على مبدإ علمه بما ذكر

المبحث الثالث ــ فيما يترتب على التصحيح

يترتب على التصحيح اعتبار العقد الأصلىّ صحيحا من يوم حصوله وذلك بالنسبة للعاقدين

لكن بالنظر إلى غيرهما لا تعتبر الصحة من يوم العقد الأول إلا إذا لم يكن فى ذلك ضرر عليهم

مثال ذلك : باع زيد داره إلى بكر مكرها على البيع ثم باع غير مكره تلك الدار بعينها إلى خالد ثم أيد البيع الأول فإذا اعتبر التصحيح من يوم حصول البيع الأول سقط البيع الحاصل لخالد وفى ذلك ضرر له كما لا يخفى ولذلك يقضى بعدم نفاذ التصحيح

وهناك سبب آخر يقضى بذلك وهو أن زيدا لما باع إلى خالد بعد البيع الحاصل لبكر بالإكراه منع نفسه من حق تصحيح هذا العقد الأخير ولولا ذلك ماساغ له أن يبيع مرة ثانية

الفصـــل الثـالث

فى التقـايل

التقايل هو الرجوع عن العقد باتفاق المتعاقدين وذلك حقهما لأن العقد من صنعهما فكما أوجداه لهما أن يعدماه

ويجب لذلك أن يكون الطرفان متفقين وأن تتوفر فيهما جميع الشروط اللازمة للتعاقد

والتقايل عقد جديد وقد يكون فيه تعهدات جديدة إذا كان العقد قد نفذ

ويترتب على التقايل إبطال العقد على النحو الذى قرره المتعاقدان إلا فيما يتعلق بحقوق الغير فإنه لا يؤثر فيها

مثلا : باع زيد لبكر أرضـه فرتب عليها بكر حق ارتفاق لخالد ثم تقـايل زيد وبكر ورجعت ملكية الأرض إلى الأول . يجب على هذا تحمل حق الارتفاق المقرر لخالد

وليس للتقايل زمن لا يجوز بعده فهو جائز على الدوام حتى بين ورثة الطرفين

الفصـــل الرابع

فى إلغاء العقود

تلغى العقود بسبب عارض يحدث بعد انعقادها قانونا

وهـذا السبب إمّا أن يكون معروفا من قبـل وإمّا أن يكون مجهولا

والسبب المعروف : صريح وضمنى

فالسبب الصريح هو تحقق الشرط أو حلول الأجل إن كان الشرط أو الأجل فاسخا

والضمنى هو عدم وفاء أحد العاقدين بتعهده أو عدم إمكان الوفاء

وأمّا السبب المجهول فهو طلب الدائن إلغاء العقد لإضراره بحقوقه

وعليه فصور الإلغاء أربعة :

١ ـ إلغاء لتحقق الشرط

٢ ـ إلغاء لعدم قيام أحد المتعاقدين بتعهده

٣ ـ إلغاء لتعذر الوفاء

٤ ـ إلغاء لإضرار العقد بحقوق الدائنين . ونسمى هذا النوع استرجاعا تمييزا له عن الإلغاء لاختلاف بعض الأحكام المترتبة على كلا النوعين

وسـنعقد لكل سبب من الأسـباب الثلاثة الأولى مبحثا خاصا ونأتى فى مبحث رابع على ما يترتب على إلغاء العقود

وأما الاسترجاع أى الإلغاء بطلب الدائن فسيأتى شرحه فى كتاب التأمينات (راجع ص ٣٦٦)

الفرع الأول — فى إلغاء العقد لتحقق الشرط

يجوز أن يكون بقاء العقد معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل إذا تحقق بطل العقد (راجع ص ١٤٩ و ١٥٤)

ويترتب على سقوط العقد بهذا السبب اعتباره كأن لم يكن إلا إذا كان العاقدان قررا لذلك أثرا مخصوصا

الفرع الثانى — فى إلغاء العقد لعدم وفاء أحد المتعاقدين بتعهده

محل هذا النوع من أنواع الفسخ عقود المقابلة أى التى تقتضى التزام طرفى المتعاقدين بتعهدات يقابل بعضها بعضا

وتقدم أنها عقود شرطيــة بطبيعتها وأن الشرط الذى تضمنته شرط فاسخ يعطى كل طرف حق طلب فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بما التزم به (راجع ص ١٤٧)

ويشترط لاستعمال هذا الحق عدم وفاء أحد الطرفين بما تعهد به

وعدم الوفاء إما تام وإما ناقص

فالأول كما فى البيع إذا لم يدفع المشترى شيئا من الثمن أو لم يسلم البائع المبيع

ويكون عدم الوفاء غير تام إذا كان التنفيذ حصل فى جزء من التعهد

فإن كان الجزء الذى نفذ لايعتد به فحكمه حكم عدم الوفاء التام وإن كان ذا قيمة انتفى سبب الإلغاء وإنما يجوز أن يحكم على الذى لم يتم الوفاء بالتعويض للطرف الثانى

ويترتب على عدم الوفاء أن يكون الطرف الثانى مخيرا فى طلب إلغاء العقد أو فى طلب التنفيذ إن كان ممكنا

مثلا : لو كان المبيع منقولا مثليا كالحنطة أوقيميا موجودا كالفرس أو الدار جاز للمشترى أن يطلب إلزام البائع بالتسليم مثلا أو عينا

وللقاضى النظر فى طلب الفسخ فله أن يمهل المتعهد زمنا للوفاء بتعهده إلا أن المهلة لا تجدد بل متى انقضت وجب الحكم بالفسخ و بالتعويضات إن كان لها محل

و يجوز للمتعهد أن يتفادى من حكم الفسخ بالوفاء إلى ماقبل صدور الحكم فإن صدر وجاز له الاستئناف واستأنف فله الوفاء قبل صدور حكم الاستئناف

الفرع الثالث ـ فى إلغاء العقد لتعذر التنفيذ

يتعذر الوفاء بالتعهد عادة إذا هلك محله أو صار الأمر المطلوب فعله غير ممكن لعلة أصابت المتعهد كما فى الاستصناع

فإذا كان موضوع التعهد عينا معينة وهلكت انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ (مادة ١٧٧)

الفرع الرابع ـ فيما يترتب على الإلغاء

يترتب على إلغاء العقد لعدم الوفاء اعتباره كأن لم يكن ومحو كل أثر نشأ عنه (مادة ١٧٩)

فإذا كان قد بدئ بالتنفيذ وجب رد ما كان إلى ما كان

فإن كان المشترى دفع الثمن وجب على البائع رده وإن كان البائع سلم العقار وجب على المشترى رده

وتسقط جميع الحقوق التى يكون المشترى رتبها على العقار المبيع كالرهن وحقوق الارتفاق وغيرها

ولكن القانون المدنى المختلط يقضى ببقاء الرهن العقارى (مواد ١٩٧ و ٢٤٢ و ٣٤٠ و ٤١٣ و ٤١٧ و ٧٨)

ويستثنى من ذلك حقوق الغير المترتبة على العقار المبيع إذا سجلها بموافقة الأصول قبل تسجيل عقد البيع (مادة ٦٢٠ اهلى)

هذا إذا لم يكن بدئ بتنفيذ العقد

أما إذا كان بدئ بتنفيذه ففى المسئلة تفصيل :

أولا ـ إذا كان العقد حاصلا بين طرفين حائزين لأهلية التعاقد وجب على كل واحد منهما أن يرد ما كان إلى ما كان ومن ذلك الثمرة التى يكون أحدهما جناها من المبيع مثلا إن كان عقارا ومع ذلك إذا كان العقد إجارة فان الرد غير جائز لأن الأجرة التى يكون دفعها المستأجر للمؤجر تكون مقابل التمتع فلا ترد وكذا إجارة الأشخاص فان كان المدفوع زيادة على الزمن الذى مضى من يوم العقد وجب رد الزيادة

ثانيا ـ إذا كان العقد حاصلا بين طرف ذى أهلية وبين طرف فاقد الأهلية فلا يجب على الأول إلا رد ما كان إلى ما كان وأما فاقد الأهلية فلا يجب عليه إلا رد ما حصل عليه من المنفعة فعلا (مادة ١٣١) بقطع النظر عما يكون قد بدده أو أضاعه

مثلا : لو كان العقد عقد بيع بستان و بدد فاقد الأهلية الثمر ولم ينتفع بشئ منه فلا يضمن القيمة

وقد يكون هناك محل للتعويض زيادة عن الرد كما سيأتى (ص ٢١٧)

فرع — فى هلاك محل التعهد

من أهم المسائل التى يجث فيها فى باب التعهدات هلاك محلها لبيان أى العاقدين يضمن ذلك منهما قبل أن يتم تنفيذ العقد

وأهمية المسألة منحصرة فى حالة ما إذا كان محل التعهد عينا أى شيئا معينا بالذات كالدار والفرس وقطعة الأرض وهكذا

ومن البديهيات أن المال يهلك على صاحبه أى مالكه ملكا تامًا وقد تنتقل ملكية الشئ من مالك إلى مالك بالتعاقد كالبيع والمعاوضة وقد يترتب على الشئ حقوق للغير فإذا هلك هذا الشئ قبل نفاذ العقد أو استيفاء المتعهد له حقوقه لزمنا أن نعرف من الضامن لتلك الحقوق والتعهدات وما وجه الضمان وكيف يقدر

ولايخلو الحال من أحد أمرين فإما أن يكون الهلاك بفعل منسوب لأحد المتعاقدين وإما أن يكون حاصلا بقوة قاهرة سواء كانت آفة سماوية أو فعلا منسوبا لأجنبى لأنه فى حكم القوة القاهرة

ومما لاشبهة فيه أن فاعل الضرر يضمن التعويض فليس هذا إذاً محل البحث ولكن محله هلاك الشئ بقوة قاهرة

المطلع على جميع نصوص القانون العامة يقتنع بأنه جعل هلاك محل التعهد بقوة قاهرة على الدائن متى كان العقد ناقلا للملكية بمجرد الإيجاب والقبول

جاء فى المادة (٤٥) : «تنتقل الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك متى كان المال ملكا للملك»

هذه هى أولى القواعد العامة وهى تقرر بلفظ صريح أنه بمجرد وقوع الإيجاب والقبول يصبح المال المتعاقد عليه ملكا للمتعهد له

ولما كانت أنواع الأموال كثيرة على ما تبين فى الباب الأول من الكتاب الثانى من القسم الأول (راجع ص ٤٤ وما بعدها) لزم أن يشتغل القانون ببيان كيفية انتقال الملك من المتعهد الى المتعهد له بحسب اختلاف محل التعاقد

ففرق أولا فى الأموال المنقولة بين المعينة القيمية وهى التى لايقوم غيرها مقامها كالفرس ونحوها وبين المنقول المقدر أعنى الموزونات والمكيلات والمقيسات والمعدودات مما يقوم بعضه مقام بعض لعدم اختلاف القيمة أو لكثرة النوع كالبيض والسمن واللبن والحنطة واللباس وغير ذلك

وقضى بالنسبة للثانية أن العقود المتعلقة بنقل ملكيتها لاتعتبر تامة ولا تنتقل الملكية فيها من المتعهد الى المتعهَّد له إلا على شروط مخصوصة ، جاء في المادة (٢٤١) «أما إذا كان البيع ليس جزافا بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو المقاس فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان البائع الى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس»

وأما بالنسبة للمنقول المعين فقد جمع بينه وبين العقار وقرر أن العقود المتعلقة بهما تعتبر بتمام الإيجاب والقبول فنص في المادة (٩١) «التعهد باعطاء شيء ينقل ملكيته بمجرد وجود التعهد إذا كان الشيء معينا ومملوكا للمتعهد»

وجرى على هذه القاعدة العامة في أحكام الفروع فقال في المادة (٢٦٦) «إنه بمجرد عقد البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى بالنسبة للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما كوارث أو دائن سواء كان المبيع عينا معينة أو حقا معينا أو مجرد حق متى كان مملوكا للبائع وتنتقل أيضا الملكية في الشيوع إذا كان المبيع حصة شائعة»

وقال في المادة (٢٦٧) «اذا كان المبيع عينا معينة تنتقل ملكيته للمشترى ولو كان تسليمه مؤجلا في عقد البيع لأجل معلوم»

ثم انتزع من هذا النص حكما منطبقا على مفهومه فقال :

« وفي هذه الحالة إذا أفلس البائع قبل تسليم المبيع فللمشترى الحق في استيلائه عليه»

وقد كان هذا المفهوم ثابتا من قبل بنص المادة (١٦٨) الواردة في باب التعهدات قالت: «إذا كان الدين عينا معينة جاز للدائن أن يتحصل على وضع يده عليها متى كانت مملوكة للمدين وقت التعهد أوحدث ملكه لها بعده ولم يكن لأحد حق عيني فيها» وهذا النص أصرح في الدلالة على صيرورة المتعهَّد له مالكا للشيء المتعهَّد به من حين العقد حتى لو كان في غير ملك المتعهد وقت الاتفاق فكأن القانون جعل انتقال الملكية حركة تنبعث من الإيجاب والقبول فتتناول الشيء لساعتها إن كان في ملك المشترى وتتربص له إن لم يكن في ملكه ومتى اتصل به اتصلت هي أيضا به اتصالا يفصله منه ويصله بالمتعهَّد له أضف إلى ذلك أن المادة نفسها أتت بمقتضى الحكم فقالت (له أن يضع يده عليها) أعني بغير إرادة المتعهد بل على الرغم منه إذا اقتضى الحال وهذا من أخص مميزات الملك العيني (راجع ص ٥١)

كذلك نجد في المادة (٢٦٨) حكما مقترنا من هذا الأصل وهو قولها «لاتنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط إلا بتسليمه للمشترى» ومعناه أن العين المعينة بالنوع والذات تنتقل إلى ملك المشترى ولو لم يستلمها

كلما بحثنا فى النصوص العامة أو الخاصة لانجد غير انتقال ملكية الأعيان بمجرد التعهد لافرق بين الهبة والبيع والمعاوضة ولافرق بين الملكية التامة وبين الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع وحقوق الارتفاق والرهن (راجع هذه المباحث)

إذاً بمجرد العقد تنتقل ملكية العين إلى المتعهد له

وانتقال الملكية يجعل المالك محقا فى أخذها قهرا ممن هى فى يده

ويبيح له التصرف فيها بجميع أنواع التصرفات الشرعية فيبيع ويقايض ويرهن ويهب ويوصى

أليس أن العين إذا هلكت بقوة قاهرة قبل أن يستلمها تهلك عليه

أجاب القانون على هذا السؤال بالإيجاب فى جميع الأحوال إلا فى البيع

فقضى فى الإجارة بأن هلاك الشيء المؤجر يكون على المؤجر وكذا فى الرهن والعارية والوديعة وأما فى البيع فانه خالف ذلك وقرر بأن هلاك المبيع يكون على البائع قالت المادة (٢٩٧):

«إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع إلا إذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد»

وكذلك كان حكمه فى حالة التلف فنص فى المادة (٢٩٨): «إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجودا قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء كان المشترى مخيرا بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه»

هذان النصان عامان يشملان كل مبيع عينا كان أو مقدرا بالنوع فقط وهو مبدأ يخالف ما اتفق عليه فى جميع الشرائع من أن هلاك الشيء على مالكه

وقد ذهب قوم إلى أن هذا الحكم منتزع من الشريعة الغراء وقالوا إن القانون ناقض مع نفسه فقرر فى باب التعهدات أن هلاك الملك على صاحبه ورجع عن هذا المبدإ فى باب البيع كما تقدم وأنه ليس لهذا التناقض سبب معقول

ولست على رأيهم فلننظر:

نعم لاخلاف فى أن الشريعة الغراء تجعل المبيع قبل التسليم من ضمان البائع وإن كانت الملكية انتقلت إلى المشترى بالعقد كما فى بيع الأعيان المعرفة ذاتا وصفات إلا أن هذه الملكية تصورية محضة ولا يترتب عليها حق للمشترى فى التصرف بالمبيع العقار فهو ممنوع من ذلك بقول محمد عند الحنفية وبإجماع الشافعية فلا يباح التصرف للمشترى بمثل بيع أو إجارة أو رهن إلا إذا قبض المبيع فعلا أو حكما

وأما فى المنقول فالتصرف ممنوع اتفاقا قبل القبض

والقانون المصرى لم يتبع هذه القاعدة فلم يمنع المشترى من التصرف فى المبيع قبل قبضه بل أباح له أن يرتب عليه من الحقوق ماشاء لغيره من يوم البيع ولا يسهل التسليم بأن واضعه بعد أن يكون قرر المبادئ العامة فى باب التعهدات طبقا لما جاء فى القوانين الأوروبية يرجع فى البيع إلى جزء من أحكام الشريعة الإسلامية مبنىّ على أساس غير الذى اتخذه ومشروط بقيود أهلها

وهو أيضا لم يطابق فى حكمه هذا القوانين الأجنبية من كل وجه فأما القانون الفرنساوى فصريح فى جعل المبيع من ضمان المشترى بمجرد الإيجاب والقبول وهم يبنون ذلك على قاعدتين قاعدة الرومان القديمة وهى الغرم بالغنم وما دام المشترى ينتفع من زيادة المبيع من يوم البيع فعليه نقصه إلى هلاكه مادام الهلاك بحادث قهرىّ يصيب المبيع فى أىّ يد كان وقاعدة الملك يهلك على صاحبه بعد أن ظهر مذهب (بوفاندروف) واعترض على الرومانيين فى جعلهم انتقال الملك مشروطا بالتسليم وتضمين المشترى مع ذلك هلاك المبيع

وأما القوانين النمساوية والقوانين الانكليزية فهى توقف نقل الملكية الى حين التسليم ولذلك تجعل المبيع فى ضمان البائع حتى ذلك الحين

وقد جاء القانون الألمانى الجديد الصادر فى سنة ١٩٠٠ مطابقا لروح التشريع عند الأمم الجرمانية والسكسونية فقضى بأن البيع عقد يلتزم فيه البائع بنقل الملكية إلى المشترى وهذا بدفع الثمن إلى البائع وفرع على هذا الأصل أحكام ضمان المبيع فجعله على البائع إلى أن يسلم وعلى المشترى من يوم أن يستلم وكذلك قرر فى الثمرة

وظاهر أيضا أن قانوننا لم يرجع إلى نصوص القانون الفرنساوى ولم يتبع مذهب الأمم الأخرى وجاء مذهبه يناقض جميع الشرائع فى ظاهره

وإذا قرأنا نصه بإمعان وجدناه لا يؤيد مذهب القائلين إنه مأخوذ من الشريعة

ذلك أن المادة (٢٩٧) أسقطت الضمان (إذا كان المشترى قد دُعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد) ولا معنى لدعوته إلى الاستلام بنص العقد إلا ذكر العاقدين أن المبيع تحت تصرف المشترى من وقت توقيع العقد والدعوة إلى الاستلام ليست تسليما ولا يمكن أن يكون مراد القانون من هذا إلا مطابقة حكمه لمقتضى قاعدة نقل الملكية بمجرد العقد

وإذا فرض أن التسليم كان مؤجلا باتفاق الطرفين كانت الدعوة حاصلة من يوم وجوب التسليم وما دام البائع لم يبد معارضة بوجه من الوجوه فالمبيع فى ضمان المشترى

هذا كله إذا أخذنا النص على عمومه وعندنا أنه خاص لا عام بيانه أن المبيع كما تقدم نوعان معين موصوف وغير معين كأن كان من المقدرات وملكية المقدرات لا تنتقل إلا بالتعيين ولذلك فهلاك المبيع (الموزون أو المكيل أو المقدر) يكون على البائع فإذا حصل الوزن أو الكيل أو المقاس تمت الملكية وانتقل الضمان إلى المشترى (مادة ٢٤١)

ومن القواعد فى تفسير القوانين أن إعمال الكلام أولى من إهماله وأن المطلق لا يجرى على إطلاقه إلا إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة والقول بأن هلاك الشئ المعين المحدود على البائع إهمال لجميع النصوص التى وردت فى القانون جاعلة هلاك الشئ على مالكه وملكية العين المبيعة للمشترى من وقت الشراء فهلاكها يكون عليه

ودليل تقييد نص المادتين (٢٩٧ و ٢٩٨) متوفر من جهتين الأولى من جهة نصوص التعهدات ونصوص البيع العامة المتعلقة بتمام العقود وما يترتب عليها والثانية من جهة عدم انطباق نص هاتين المادتين على قواعد التشريع سواء كان غربيا أو شرقيا فوجب إذاً تخصيصهما ببيع المقدرات وبذلك يزول الاعتراض وتستقيم جميع النصوص

على أن الأمر أسهل من أن تقوم له هذه الضجة كلها إذا أراد العاقدان أن يحددا واجباتهما وحقوقهما بنص صريح فى العقد مادام الأمر موكولا للاختيار

وبناء على ماتقدم نقول إن هلاك المبيع المعين المحدود على صاحبه أعنى المشترى وهلاك غير المحدود على صاحبه أعنى البائع ولا ضمان لأحدهما على الآخر وإلا ضاع التوازن بين منفعة كل منهما ومنفعة الآخر

فرع — فى التعويض فى مواد التعهدات

التعويض هو المال الذى يجب دفعه لمن وقع عليه ضرر ممن كان سببا فيه

والضرر إما أن يكون نتيجة تعامل أو فعل

الضرر فى المعاملات ينشأ من عدم الوفاء بالتعهد كله أو بعضه أو من تأخيره عن الأجل المعلوم

وعليه فالتعويض فى التعهدات نوعان : تعويض التأخير وتعويض عدم الوفاء

والضرر الناشئ عن فعل هو مايلحق الواحد من عمل غيره عن عمد أو عن إهمال

والكلام هنا فى تعويض الضرر الناشئ من التعامل

مبحث ــ فى شروط استحقاق التعويض

لاستحقاق التعويض بنوعيه ثلاثة شروط (مواد ١١٩ و ١٢٠ و ١٧٨) :

الأول ــ سبق الإنذار ومحله غالبا عند التأخير فى الوفاء

الثانى ــ أن يلحق الدائن ضرر من عدم التنفيذ

الثالث ــ أن يكون عدم التنفيذ حاصلا بتقصير المدين

١ ــ فى سبق الإنذار

لاتستحق التضمينات المذكورة (المترتبة على عدم الوفاء) «إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا» (مادة ١٢٠)

ومن البديهى أنه لامحل للإنذار إذا أصبح الوفاء متعذرا كما لو كان المتعهد به عينا بذاتها فهلكت مثل الدار إذا احترقت والدابة إذا نفقت وهكذا

وكذا إذا أصبح الوفاء غير مفيد بأن فات وقته كما لو كان المتعهد به فعل أمر فى زمن معين لغرض خاص مثل إقامة نصب من خشب لعرض سلع التجارة فى أحد الموالد وانقضت أيام المولد من دون أن يقوم المتعهد بوفاء تعهده

ولا محل للإنذار أيضا للوفاء بتعهد الإمتناع عن أمر لأن عدم الوفاء هنا عبارة عن فعل الأمر الممنوع وهذا وحده كاف فى استحقاق التعويض متى اجتمع الشرطان الآخران

وإنما يجب الإنذار فى أحوال التأخير إذا كان التنفيذ ممكنا أو لايزال ممكنا كعدم تسليم العين المبيعة أو التأخير فى دفع القرض الذى حل أجله

والسبب فى هذا الاختلاف أن المتعهد بإعطاء شئ أو بعمل شئ قد يتأخر عن الوفاء ارتكانا على رضا المتعهد له وما دام هذا ساكتا مع فوات موعد الوفاء فرضاه ظاهر لا بدله من الإنذار ليدل على أنه لايرغب التأجيل وذلك كله إذا لم يكن هناك شرط فى العقد أو إذا لم يكن الحال نفسه دليلا على عدم الرضاء كما تقدم

وأما التعويض الواجب على من يعمل عملا تعهد بالامتناع عنه فهو لازم من دون إنذار لأن عدم رضا المتعهد له مفروض بوقوع المخالفة نفسها

ويجب أن يكون الإنذار رسميا أعنى على يد محضر ويعتبر التكليف بالحضور أمام المحكمة إنذارا بالوفاء

وللعاقدين أن يتفقا على عدم وجوب الإنذار ولا يعتبر اتفاقهما على ذلك إلا إذا صرح فى العقد باستحقاق التعويض لمجرد عدم الوفاء يوم حلول الأجل

٢ ــ في الضـــرر

حصول الضرر للدائن هو أس التعويض لأنه إن لم يكن ضرر فلا معنى لتعويضه كما لو عهدت إلى محام بإقامة الدعوى في يوم معين هو آخر أيام سقوط الحق المراد طلبه بمضيّ المدة فلم يفعل ومضت المدة وكان من الثابت أن هـذا الحق ليس لك لسبب آخر كأن اشتريته من غير مالك أو لم تكن سجلت عقـد البيع إذ إقامة الدعوى وإسقاط مضيّ المدة ما كان ليفيدك فعدمه لاضرر فيه

وعلى الدائن أن يبين وجه الضرر وأن يقيم عليه البرهان

٣ ــ في تقصير المدين

لايستحق التعويض إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير منسوبا لتقصير المدين (مادة ١١٩)

ولمـا كان الوفاء واجبا مفروضـا على المدين فهو يعتـبر مقصرا بمجرد عدم القيام به وعليه إن أراد التخلص من التبعة أن يقيم الحجة على عذره أعنى أن عدم الوفاء أو التأخير ناشئ عن حادث قهريّ لادخل له فيه

ولا يعد الإعسار من الحوادث القهرية إن كان سببه مخاطرة المدين في التعهد بما لاطاقة له به كما لو اقترض ما لايعلم من نفسه أنه غير قادر على ردّه

أما إذا لم يكن له دخل في الحادث القهريّ فلا تبعة عليه ، فلا يجب التعويض :

١ ــ إذا كان عدم الوفاء أو التأخير ناشئا عن فعـل أجنبيّ كما لو كان محل التعهد ذاتا معينة مثل دابة أو دار فأماتها الأجنبيّ أو هدمها

٢ ــ إذا كان ذلك آتيا من القانون كما لو كانت السلعة ممـا يجوز التعامل به وقت العقد وصدر قانون بالمنع حين وجوب التنفيذ

٣ ــ إذا كان السبب آفة زمانية كالصاعقة والغرق والحريق والزلازل وتعد الحروب والثورات من الحوادث القهرية

ومع ذلك إذا كان الوفاء قد وجب وأنذر المدين بالقيـام به إنذارا رسميا ثم تعـذر بحادث قهريّ ممـا ذكر فلا يكون خاليـا من التبعة لأن تأخره بعـد الإنذار حتى وقع الحادث القهريّ تقصير يؤاخذ به

ويجب أن يجعل الحادث القهريّ التنفيذ متعذرا أما إذا جعله متعسرا فالتعويض واجب

وللعاقدين أن يغيرا في القواعد المتقدم بيانها وأن يشترطا لوجوب التعويض وعدمه ماشاءا من الشروط إلا ما كان ممنوعا بنص صريح في القانون كما لو اشترط أن المدين لايكون مسؤولا عن تقصيره الجسيم لأن التقصير الجسيم صنو الغش والغش محظور على الناس

مبحث ـ في تقدير قيمة التعويض

يقدر التعويض بملاحظة أمرين :

الأول ـ مالحق المتعهد له من الخسارة

الثاني ـ مافاته من الربح

مثال ذلك : باع زارع قطنه إلى التاجر بثمن معلوم وضرب للتسليم أجلا إذا انقضى ولم يحصل التسليم فسخ البيع فاتفق الزارع مع مقاول عمال (مقدم فعلة) على جني قطنه في أجل محدد فانقضى ولم تحضر الأنفار وهبط السعر وفات يوم التسليم وانفسخ العقد فضاع على الزارع ماصرفه في الاستعداد لجني وفاته ربح الصفقة

وينبغي للقاضي أن يدقق النظر في مسائل التعويض المترتب على عدم الوفاء بالتعهدات لأنه لايخلو الحال من أحد أمرين :

فإما أن يكون المتعهد حسن النية في عدم الوفاء

وإما أن تكون نيته غير حسنة

وفي الحالة الأولى لايكون ملزما إلا بالتعويض الذي يترجح أنه كان ملحوظا للمتعاقدين وقت التعاقد (مادة ١٢٢)

وفي الحالة الثانية يلزم بجميع التعويضات منظورة وغير منظورة (مادتي ١٢١ و ١٢٢)

مثال ذلك : استأجر زيد منزل خالد فجاء ثالث وأخرج زيدا من المنزل لأنه ملكه لاملك خالد فإن كان خالد أجره وهو يعتقد ملكيته له فهو حسن النية وإن كان يعلم أنه لايملكه فنيته غير حسنة

ففي الحالة الأولى يكون التعويض على قدر حرمان المستأجر من السكنى ومصاريف نقل الأمتعة ومصاريف ترتيبها في المنزل لأن هذه المصروفات مما هو منظور عادة للمتعاقدين بالضرورة

وفي الحالة الثانية تقدر المصاريف باعتبار ماذكر وباعتبار ماحرم منه المستأجر من الربح كما لو كان اتخذ المنزل محلا لأشغاله التجارية ولم يكن هذا العمل متفقا عليه من المؤجر وأضاع بخروجه من المنزل زبائنه

وسواء كان المؤجر حسن النية أو لا فإنه لايلزم بتعويض الخسارة التي لاتترتب على عدم نفاذ العقد مباشرة (مادة ١٢١)

مثلا : لايلزم المؤجر أن يدفع للمستأجر تعويضا عن الأمتعة التي تلفت أثناء النقل أو الترتيب

مبحث – فى الشرط الجزائى

قد يكون التعويض مقدرا فى العقد باتفاق بين المتعاقدين أو بنص صريح فى القانون ويسمى التعويض فى هاتين الحالتين بالشرط الجزائى (مادة ٩٨)

١ – فى الشرط الجزائى اتفاقا

للعاقدين أن يتفقا على قيمة التعويض حين التعاقد

مثال ذلك : زيد تعهد أن يبنى لبكر دارا فى زمن معين وأنه إذا لم يف بتعهده يدفع ألف قرش هذا المبلغ يقوم محل التعويض الذى يترتب على عدم الوفاء

والفرق بين الشرط الجزائى وبين التعويض الاعتيادى هو كون الشرط الجزائى مقدرا فى العقد باتفاق المتعاقدين فلا تنظر المحكمة فى قيمته بل يجب عليها أن تقضى به (مادة ١٢٣) بخلاف التعويض فإنها هى التى تقدره باعتبار أحوال الدعوى ولها أن ترفضه

والاتفاق على الشرط الجزائى ليس معلقا على حصول ضرر للمتعهد له من عدم الوفاء أو تأخيره فلا يلزم المتعهد باثبات ذلك الضرر وكل الذى عليه أن يثبت عدم الوفاء أو التأخير

إلا أنه يشترط فى إيقاع الشرط الجزائى أن لايكون عدم الوفاء أو التأخير منسوبا إلى المتعهد له أو ناشئا عن حالة قهرية كموت الدابة

ويجوز أن يكون المتعهد مسؤولا حتى مع الحادث القهرى

فإذا قام المتعهد بوفاء بعض ما تعهد به دون بعضــه وجب أن ينقص من الشرط الجزائى بنسبة ماوفى به

ولا يجوز للمتعهد له طلب التنفيذ وطلب الشرط الجزائى معا بل عليه أن يختار أحدهما (مادة ٩٨)

فإذا كان الغرض من الشرط الجزائى مجرد عدم تأخير المتعهــد عن الوفاء فى الوقت المعلوم وحصل التأخير جاز للمتعهد له أن يطلب من المحكمة الحكم له بالشرط وبالتنفيذ

لكن لايجوز له أن يطلب الفسخ باعتبار أن عدم التنفيذ أصبح نهائيا

مثلا : باع زيد لبكر مائة أردب من الفول يسلمها فى أول يناير وإن تأخر فى التسليم فجزاؤه ألف قرش ثم تأخر زيد فى التسليم فمجرد التأخير يعطى الحق لبكر فى أحد أمرين: إما أن يطلب التنفيذ إن كان ممكنا وإما أن يطلب الفسخ وله أن يضيف الشرط الجزائى إلى طلب التنفيذ لكن لايجوز أن يضيفه إلى طلب الفسخ

وعلى كل حال لايستحق الشرط الجزائى إلا إذا تقدمه إنذار من المتعهدله إلى المتعهد يكلفه فيه بالوفاء

ويجوز أن يتفق الطرفان على عدم لزوم الإنذار لكن ذلك لا يكون إلا بنص صريح فى العقد

٢ ـ فى الشرط الجزائى قانونا

الشرط الجزائى المقرر بنص فى القانون هو تعويض التأخير فى الوفاء بالقرض المالى ويسمى الربح

فمن كان له قرض قبل آخر ولم يوفه إياه عند حلول الأجل كان له الحق فى ربح ماله بحسب المقرر فى القانون دون سواه سواء أصابه خسارة أكثر من قيمة ذلك الربح أو لم يصبه شئ من ذلك أصلا (مادة ١٢٤)

والربح القانونى هو خمسة فى المائة فى المسائل المدنية وسبعة فى المائة فى المسائل التجارية (مادة ١٢٤)

ولا يجوز أن يتفق المتعاقدان على أكثر من تسعة فى المائة سنويا (مادة ١٢٥)

ويستثنى من ذلك فى المواد التجارية مسائل الحسابات الجارية فيجوز أن تزيد الفوائد فيها عن المقرر فى القانون بحسب اختلاف أسعار الجهات (مادة ١٢٧)

لكن إذا كان للدين ضامن وترتب على عدم وفاء المدين إلزام الضامن بدفعه ونتج عن ذلك خسارة له أكثر من الفوائد القانونية فإن المدين يكون ملزما بتلك الخسارة كما لو اضطر الضامن إلى بيع ملكه بثمن بخس ليسدد الدين أو وقع عليه حجز أو أقيمت عليه دعوى وصرف من أجلها مصاريف وهكذا

وتحسب الفوائد من يوم وجوب الوفاء إن كان منصوصا على ذلك فى العقد أو من يوم إقامة الدعوى إن لم يكن ذلك منصوصا عليه أو من يوم الإنذار بالدفع ولو لم ترفع دعوى بالفعل

ولا يحسب ربح للفوائد إلا بالشروط الآتية (مادة ١٢٦) :

١ ـ أن يطلب الدائن ذلك طلبا صريحا

٢ ـ أن تكون الفوائد الأصلية مستحقة

٣ ـ أن يمضى على استحقاقها مدة سنة كاملة

ولا يجوز أن تحسب فوائد الفوائد باليوم أو بالشهر

ومع ذلك يجوز أن تجمد الفوائد وتضاف إلى الأصل ويحسب عليها فوائد قبل مضى السنة وذلك فى الحسابات الجارية فى المسائل التجارية حسب عادات التجارة (مادة ١٢٧)

القسم الثالث

فى العقود المعينة والتأمينات

الكتاب الأول

فى العقود المعينة

درج المؤلفون على تقسيم العقود إلى معينة أى مسماة باسم خاص و إلى غير مسماة وهذا التقسيم عقيم الفائدة علماً وعملاً جاء من كون القانون اهتم بالعقود التى يكثر تداولها بين الناس فأراد أن يسهل عليهم استنباط أحكامها من القواعد العامة فقام بهذا العمل من نفسه حتى لايغيب عن المتعاملين ركن أو حكم مما يتعلق بالعقد الذى يعقدون

ولما كان التعاقد مباحاً فى الدائرة المرسومة أعنى مادام الاتفاق لايخرج عن مقتضى النظام ولا يرمى إلى محرم أو مستحيل وكانت المعاملات فى تطوّر مستمر بحسب تغيّر الأزمان والأحوال اكتفى القانون بذكر ماشتهر من أنواعها وترك الباب مفتوحاً لحركة الرقى حتى إذا جدّ جديد فى التعامل واندمج فى سلك المألوف تناول الشارع المادّة الجديدة ونظم لها قواعد مطابقة لما درج عليه القوم وصار أمراً معروفاً و بعبارة أخرى عقداً معيناً

لولا هذا التدبير لاضطرت الأمة إلى الوقوف فى معاملاتها عند الحدّ المرسوم فى قانون وضعه قوم باعتبار أحوالهم وما كان جارياً فى زمانهم وزلّت قدمها عن التقدم إلى الأمام وانطفأ فيها نور الأفكار فلا ترى المستقبل إلا مرآة الماضى وإذا جاءها نبأ بشئ جديد من دواعى التقدم وأدركت فوائده احتدت مكانها الجمود يقعدها عن الحركة والحقيقة الجديدة تجذبها وهكذا يضيع زمانها فى التردد بينما تكون الأمم الأخرى قد سبقتها فاستفادت من الأمر الجديد قوة فى نظاماتها وإحكاما فى منافعها وخبرة تجرى بها إلى غيرها فتعتز وتسود

من هـذا البـاب المفتوح دخل الشخص الاعتبارى الذى أظهر مكنونات الثروة وفجر ينابيع الأموال وأفاضها على الأمم فى مشارق الارض ومغاربهـا وتبعه التأمين على الأنفس والأموال وشركات المسـاهمة والملكية المعنوية وعقود النقابات وجمعيات التعاون وكلها عقود جدّت بجدّ الأمم الخالصة من القيود فى طلب منافعها وقد ألحقت هذه الأوضاع الجديدة بالقوانين المشروعة فصارت كالبيع والإجارة والقرض والوديعة ونحن لانزال فى ضـيق الإجارتين والاختناق بين الجدار والجدك والتطلع الى ملك الخلو وأرض الله واسعة

نقل قانوننا فى العقود المعينة عن القانون الفرنساوى فلم يزد عليه وذكر من العقود أحد عشر عقداً نذكر منها فى الكتاب الأول من هذا القسم ثمانية وهى : البيع والمعاوضة والصلح والإجارة والوكالة والعـارية والوديعـة والشركات وأما الثلاثة الباقية وهى : الكفالة والغاروقة والرهن فمحلها فى الكتاب الثانى المختص بالتأمينات

وقد اخترنا فى إيراد هـذه العقود الثمانية ترتيبا غير ترتيب القانون لما فى ذلك من وضع كل عقد بعد الذى يناسبه :

فالبيع أولهـا لأنه أهمها . والمعاوضة نوع منه . وفى الصلح معنى المعاوضة لمـا فيه من ترك كل واحد من الطرفين بعض حقـه للآخر . والإجارة بيع منفعة . والوكالة أقرب إلى إجارة الاشخاص بل هى الآن كذلك إذ كلها بعوض إلا ماشـذ . والعارية قد تكون بعوض فهى تلى الإجارة . أما الوديعة والشركة فأخرنا بطبيعة الحال

الباب الأول

فى البيع

البيع سيد العقود لذلك يهتم به الشرعيون ويطنبون فى شرحه وهو يشغل أكثر من سدس القانون

البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ لآخر ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للأول (مادة ٢٣٥) [1]

ويلزم فى البيع طرفان بائع ومشتر ويجب أن يكونا متصفين بالأهلية الشرعية اللازمة فى البيع والشراء وأن يقع العقد برضا صحيح منهما على شئ معين بثمن مقدر

فأركان البيع أربعة (مادة ٢٣٦ و ٢٤٦ – ٢٤٨) :

١ – أهلية المتعاقدين
٢ – الرضا
٣ – الشئ المبيع
٤ – الثمن المقدر

ولا يلزم فى البيع غير الإيجاب والقبول أعنى أن العقد يتم بحصولهما من دون حاجة إلى محرر رسمى أو غير رسمى

وهو يثبت بجميع الطرق القانونية ومنها شهادة الشهود فيما جازت فيه (مادة ٢٣٧)

ويجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب تمام المطابقة وإلا فإن البيع لا ينعقد كما لو قصد البائع بيع فدان من حوض كذا وقصد المشترى شراء فدان من حوض آخر مملوك للبائع (راجع ص ١٣١)

الفصل الأول

فى أركان البيع

الفرع الأول — فى أهلية العاقدين

يجب أن يكون كل من المشترى والبائع متصفا بالأهلية الشرعية للتعامل (مادة ٢٤٦)

(١) ستري فى المادة ٢٦٦ أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشترى بالنسبة للمتعاقدين وإن قام مقامهما أرباب عنهما وأن فى التعريف قصورا إذ لم يلاحظ فيه [illegible] بيع الأشياء غير المعينة

وأن يكون البائع متصفا بالأهلية الشرعية للتصرف فى البيع (مادة ٢٤٧) (١)

الأصل أن الأهلية اللازمة فى البيع هى الأهلية اللازمة فى جميع العقود إلا أن الشارع رأى منع بعض الأشخاص من حق الشراء فى بعض الأحوال لأسباب خاصة وهم :

أولا ـ القضاة على اختلاف درجاتهم وأعضاء النيابة العمومية وكتبة المحاكم والمحضرون ويدخل فى هذا المنع قضاة المحاكم الشرعية وكتابها وقضاة محاكم الأخطاط وكتابها

ثانيا ـ المحامون أمام القضاءين الأهلى والشرعى

وكلهم ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها كلها أو بعضها متى كانت من خصائص المحاكم التى يؤدون فيها وظائفهم سواء كان الشراء منهم مباشرة أو بواسطة غيرهم

فشروط المنع اثنان :

١ ـ أن يكون المبيع حقا متنازعا فيه أى أنه تحت القضاء

٢ ـ أن يكون النظر فى النزاع القائم بشأن هذا الحق من خصائص المحكمة الموظف فيها القاضى أو عضو النيابة أو الكاتب أو المحضر

فاذا تخلف أحد هذين الشرطين ارتفع المنع وصح الشراء

أما المحامون فإن النص لاينطبق عليهم على إطلاقه لأنهم فى مصر يشتغلون أمام جميع المحاكم على السواء وعموم النص يقتضى أن لا يجوز لأحدهم أن يشترى حقا متنازعا فيه أمام أى محكمة كانت وذلك غير مسلم به لعدم وجود العلة ولأن فى المنع الكلى حرجا على المحامين وإخراجا لهم من صف ذوى الأهلية على الإطلاق فى البيع وهو أهم التصرفات التى تفيد المرء فى عيشه ، على أن مقتضى المنع ـ وهو خوف التأثير الذى قد يقع من المحامى على البائع والإخلال بكرامة المحاماة ـ لايكون فى أى بيع وإنما يتحقق إذا كان المشترى محاميا عن أحد المتنازعين وإذا رجعنا إلى مأخذ النص وجدناه منقولا عن القانون الفرنساوى وعندهم لكل وكيل فى الدعاوى محكمة لايشتغل أمام غيرها فساوى القانون المصرى بين المحامين هنا ووكلاء الدعاوى هناك مع فقدان سبب المساواة فاذا

(١) لاحظنا القانون فى الترتيب كما بدأ به وإن كان أتى عقب هاتين المادتين بمادة الرضا واستطرد فى بيان أحكامه إلى النهاية ثم عاد إلى الأهلية فى آخر الفصل ولكنا لم نتابعه بل أتممنا كل موضوع على استقلال

اشترى أحد هؤلاء حقا متنازعا فيه على الوجه المتقدم كان البيع باطلا يجوز لكل ذى شأن أن يطلب نقضه كما يجوز للمحكمة أن تحكم بذلك من تلقاء نفسها (مادة ٢٥٧)

ثالثا — ولاة المال كالأوصياء والأولياء الشرعيين والقوام

رابعا — الوكلاء المعينون من قبل الموكلين فى بيع شئ معين

هؤلاء ممنوعون من شراء مايبيعونه من أموال محجوريهم أو موكليهم فاذا اشتروا كان الشراء فاسدا وجاز للوكل أن يطلب فسخه إن لم يضره و يجوز ذلك أيضا للمحجور عليه متى أصبح ذا أهلية للتصرف

الفرع الثانى — فى رضا العاقدين

يجب أن يكون رضا المتعاقدين صحيحا مجردا عن الإكراه (مادة ٢٤٨)

ولا يعتبر المشترى راضيا رضا صحيحا إلا إذا كان عالما بالمبيع علما كافيا بنفسه أو بالوكيل عنه (مادة ٢٤٩) والعلم الكافى هو العلم النافى للجهالة فإن لم يعلمه كان البيع فاسدا

ومع ذلك إذا اشتمل سند البيع بيان المبيع وأوصافه الجوهرية بحيث يتسنى للمشترى معاينته والتحقق منه فالبيع صحيح وإن لم تحصل المعاينة بالفعل (مادة ٢٥٢)

فإن كان البيع جزافا وشاهد المشترى بعض المبيع ورضى به ثم تبين له بعد ذلك أنه لو شاهد المبيع كله لأحجم عن الشراء فهو بالخيار إن شاء قبل الصفقة و إن شاء طلب فسخ البيع ورد الثمن إليه

لكن لايجوز له استبقاء الجزء الذى شاهده بالثمن المتفق عليه دون أخذ باقى المبيع ولا إبقاء على الصفقة وطلب نقص الثمن

ويسقط حقه فى فسخ العقد إذا تصرف فى المبيع أى تصرف مما يدل على أنه قبل البيع كأن باعه أو رهنه أو أجره أو أعاره (مادة ٢٥٠)

ويسقط حقه أيضا إذا ذكر فى سند البيع أنه عالم بالمبيع إلا إذا أثبت التدليس فى ذلك على البائع (مادة ٢٥١)

وإن كان المشترى أعمى وأمكنه معرفة المبيع بغير طريق المعاينة صح شراؤه وكذا يصح إذا وكل عنه غيره فى مشاهدة المبيع (مادة ٢٥٣)

وإذا كان المبيع معينا بالنوع فقط كالحنطة والجوخ وجب أن يكون من الأشياء المثلية التى يقوم بعضها مقام بعض وأن يكون معرفا بالوجه الكافى عددا أوقياسا أو وزنا أو كيلا بحيث يكون رضا المتعاقدين المبنى على هذا التعريف صحيحا (مادة ٢٦١)

ومما يجعل الرضا غير صحيح البيع فى مرض الموت لما قد يكون للمشترى من التأثير فى البائع وهو فى تلك الحالة

ولا يخلو أن يكون المشترى وارثا أولا

فإن كان وارثا لا ينفذ البيع إليه إلا إذا أجازه باقى الورثة (مادة ٢٥٤)

وإن كان أجنبيا ينظر إن كان المبيع لا يزيد عن ثلث مال البائع فالبيع صحيح نافذ (مادة ٢٥٥)

وإن كان المبيع زائدا على ثلث مال البائع وقت البيع جاز للورثة طلب فسخ البيع والمشترى بالخيار إما أن يقبل الفسخ وإما أن يدفع للورثة مانقص من ثلثى مال المورث وقت البيع (مادة ٢٥٦) [1]

يؤخذ مما تقدم أن القانون يعتبر هذه البيوع من قبيل الوصية فيقفها على إجازة الورثة إن كانت لوارث مطلقا سواء كان البيع حاصلا فى أكثر من الثلث أو فى أقل منه ويخير المشترى بين الفسخ ورد مازاد عن الثلث إن كان أجنبيا

والسبب فى ذلك مصلحة الورثة

(١) هذا الحكم أشد من مأخذه وهو الشريعة الغراء لأنها لا تقضى بالفسخ أو التكملة إلا إذا كان البيع بغبن فاحش وكان المبيع زائدا على ثلث مال البائع (مادة ٣٦٦ مرشد الحيران) والسبب فيه كراهة القانون بيع المريض لأجنبى

هذا هو ظاهر النصوص وهناك مذهب ثان يقول بعدم وجود خلاف بين القانون والشريعة فى هذا الموضوع وأن الأول جرى على حكم الثانية فنص فى المادة (٢٥٥) على جواز الغبن وبين حكمه فى المادة (٢٥٦) فقرر أنه لا يحتج إلا بفسخ البيع فى الكل أو تكملة مانقص عن ثلثى المال بخيار المشترى فهو باع المريض كل ملكه ولم يكن هناك غبن فلا وجه للفسخ أما إذا وجد الغبن ونقصت به قيمة الثلثين فالتكملة أو الفسخ

وعندنا أن الرأيين واردان وأن تجوز القانون وعدم تدقيقه فى اللفظ عند نقل هذا الحكم من أصله هو الذى أدى إلى هذا الخلف وإن كانت قواعد التفسير تقضى بترجيح الرأى الأول لأن سكوت القانون اللاحق عن قيد مشروط فى سابقه ترك لهذا الشرط وإطلاق للحكم كما لا يخفى

الفرع الثالث — فى المبيع

ويجوز أن يكون المبيع عينا معينة كالدار والفرس أو حقا شائعا أو محدودا فى عين معينة وأن يكون معينا بالنوع فقط كعشرين أردبا من الفول (مادة ٢٦٠) أو دينا على إنسان أو حقا مزعوما (مادة ٢٦٢)

ويشترط فى المبيع ستة شروط (مادة ٢٥٩) :

الشرط الأول — أن يكون مما يجوز التصرف فيه

والأصل أن كل ما صح ملكه صح بيعه فخرج بذلك مالا يملك أصلا كالعناصر الطبيعية من هواء ونور وبحر وكالأملاك العمومية وغير ذلك مما ورد بيانه فى كتاب الأموال (راجع ص ٤٨)

ويلحق بذلك الحقوق التى لا يجوز الحجز عليها كالنفقات والمرتبات (راجع ص ٢٠١) والوقف لخروج ملكيته عن صاحبه

وبيع الجزاف جائز كقطيع من الضأن وجرن من التبن وكوم من الحطب (مادة ٢٤٠)

الشرط الثانى — أن يكون الشئ الجائز بيعه موجودا أو محتمل الوجود

مثال الأشياء المحتملة بيع السَّلَم وبيع صغار الماشية المستقبلة أى التى ستولد وبيع التاجر سلعة لم تكن فى مخزنه وهكذا

الشرط الثالث — أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت التعاقد أو فى حكم المملوك له كالأمثلة المتقدمة فلا يجوز له أن يبيع نصيبه فى تركة لم يمت صاحبها (مادة ٢٦٣)

ويجوز أن لا يكون مملوكا ولا فى حكم المملوك ولكن من الجائز عادة أن يملكه البائع كبيع التاجر بضاعة ليست عنده ولم يشترها بعد

وبيع مال الغير ينعقد موقوفا على إجازة المالك فإن أجازه نفذ وإن رفضه بطل (مادة ٢٦٤)

وفى هذه الحالة الأخيرة أى حالة الرفض يجب بيان حال المشترى ولا يخلو الحال من أحد أمرين إما أن يكون المشترى سيئ النية أى عالما بأن المبيع غير مملوك للبائع وإما أن يكون حسن النية أى إنه يجهل ذلك فإن كان سيئ النية فشراؤه باطل وعليه تبعة جميع ما يلحق المالك من الخسارة

لكن له استرداد الثمن الذى دفعه من البائع

وإن كان حسن النية فله الحقوق الآتية :

أولا — له جميع ثمرة المبيع

ثانيا — إذا استمر واضع اليد على المبيع المدة المقررة قانونا لاكتساب الملكية ثبت له الملك

ثالثا — له أن يسترد الثمن الذى دفعه أو أن يأخذ عوضا عما يكون أصابه من الضرر بخروج المبيع من يده متى ظهر أن البائع لم يكن مالكا (مادة ٢٦٥)

وليلاحظ أن ذلك كله خاص ببيع مال الغير إن كان المبيع عينا معينة أما إذا كان مما يقدر بالكم فالبيع صحيح إذ لا يشترط أن يكون البائع مالكا للكم الذى يبيعه وقت التعاقد بل الواجب أن يكون مالكا له وقت التسليم

وقد يكون البائع أيضا حسن النية وفى هذه الحالة لا يسأل المشترى بأكثر مما ناله من الربح كالوارث الذى يبيع مالا وجده فى التركة واعتقد أنه منها

وإذا كان البائع سيئ النية جاز عقابه بصفته نصابا طبقا للمادة (٢٩٣ عقوبات)

وما عدا الاستثناآت المتقدمة فالمالك حر فى بيع ماله من أى نوع كان كما يشاء

الشرط الرابع — أن يكون المبيع معينا

المبيع إما عين و إما مقدر أى مثلى

وتعيين كل شئ بحسبه فالدار بموقعها ومشتملاتها وحدودها والأرض بمقاسها ونوعها وأحواضها إن كانت زراعية والفرس بوصفها وجنسها وسنها وهكذا

وأما المقدرات كالمكيل أى الذى يقدر بالكيل كالحنطة والموزون أى الذى يقدر بالوزن كالسكر والبصل والفحم والعددى أى الذى يقدر بالعدد كالبيض فلا يتم تعيينه بذكر عدد آحاده بل لابد فيه من الكيل أو الوزن أو العدد أو المقاس والبيع موقوف حتى يتم ذلك العمل ويبقى المبيع فى ضمان البائع إن هلك فهلاكه عليه (مادة ٢٤١)

الشرط الخامس — أن يكون المبيع متقوما أعنى قابلا لتقدير قيمته والمال المحرز أى الذى فى اليد متقوم أما غير المحرز كالطير فى الهواء والسمك فى البحر فغير متقوم إذ لا يمكن تقديره قبل إحرازه

الشرط السادس — أن يكون المبيع مقدور التسليم وقت البيع فلو باع الفرس وكان قد مات فالبيع باطل لعدم القدرة على التسليم وقت البيع

الفرع الرابع — فى الثمن

يشترط فى الثمن ما يأتى :

أولا — أن يكون نقدا مما يتعامل به قانونا كالجنيه والقرش فإن كان غير نقد فالعقد معاوضة لا بيع

ثانيا — أن يكون مقدرا فى العقد كألف قرش أو مائة جنيه مصرى أو إنكليزى

ويجوز أن يتفق الطرفان على تقديره بمعرفة ثالث ومتى قدره انعقد العقد من يوم الاتفاق لا من يوم التقدير

ومن هذا القبيل البيع بالوجه وهو ترك تقدير الثمن إلى ما يتقرر فى السوق لنوع المبيع فى أثناء الزمن المحدد ويقال له بيع الكونتراتات ونسميه بيع الاتجار وهو يقع فى الأشياء التى تباع عادة فى الأسواق المالية (البورصة) من الحاصلات الزراعية

وصورته ما يأتى : زيد يملك حاصلا زراعيا كالقطن أو الحنطة أو الفول وبكر تاجر . يتفق الطرفان أولا على نوع المبيع وتقديره ووصفه كألف قنطار من القطن العفيفى زراعة صيفى سنة ١٩١٢ من الجنية الأولى والجنية الثانية ثم يتفقان على مبلغ معين يضاف إلى الثمن متى تحدد وهو يتراوح عادة بين خمسة عشر قرشا ومائة وأربعين بحسب نوع القطن المبيع ويتفقان على تحديد الثمن فى اليوم الذى يختاره البائع من تاريخ البيع إلى شهرين أو أكثر أو أقل ويسمى اليوم المذكور يوم القطع أى الذى يقطع فيه بالثمن وعلى البائع أن يخطر المشترى باليوم الذى اختاره لذلك سواء كان هو يوم الإخطار نفسه أو يوما يأتى بعده ولا يجوز أن يكون من الأيام الماضية ومتى وصل الإخطار اعتبر السعر الذى أقفلت عليه السوق فى اليوم المختار ثمنا للبيع

وصيغة البيع فى تحديد الثمن مثل هذه «على أن يكون للبائع الحق فى قطع الثمن فى أى يوم أراد لغاية شهر كذا»

وهذا البيع مضاربة لأنه قد يجوز أن يخسر فيه أحد الطرفين خسارة جسيمة وبعضهم يتفق على اختيار أعلى ثمن يباع به مثل المبيع فى مدة معينة وهو نادر

الفصـــــل الثـــانى

فى الوعد بالبيع

الوعد بالبيع كالبيع التام ومعنى الوعد بالبيع أن يقبل المالك أن يبيع والمشترى أن يشترى وحكم هذا العقد حكم العقد التام فتنتقل به الملكية من تاريخ حصوله وتترتب جميع التعهدات الخاصة بالبيع على الطرفين ويجوز أن يكون الوعد بالبيع بيعاً غير تام إذا اشترط العربون أعنى إذا دفع المشترى جزءاً من أصل الثمن وذكر فى العقد أنه إذا نكل عن الشراء كان العربون حقاً للبائع وكذلك إذا ذكر شرط جزائى بأن اشترط أن الذى ينكل عن إمضاء العقد أى تنفيذه يدفع للطرف الثانى مبلغ كذا من النقود وعلة ذلك ظاهرة وهى الاتفاق على التخيير فى إنفاذ العقد أو دفع الجزاء المقدر وهناك نوع آخر من الوعد بالبيع وهو الوعد من جانب وقبول ذلك الوعد من الجانب الآخر لكن من دون وعد من هذا الأخير

مثال ذلك : زيد يعد بكراً أن يبيعه داره فى ميعاد كذا إذا قبل بكر وبكر قبل هذا الوعد ولكنه لايعد بالشراء وكذلك فيما إذا وعد بكر أن يشترى دار زيد فى ميعاد كذا ويقبل زيد هذا الوعد من دون أن يعد بالبيع

هذه العقود صحيحة فى جانب من صدر منه الوعد فهو ملزم بإنفاذ العقد متى طلب الطرف الآخر ذلك

الفصـــــل الثـــالث

فى أحوال البيع

يجوز فى البيع من الأحوال مايجوز فى جميع العقود

فيكون باتاً ومعلقاً على شرط توقيفى أو فاسخ ومضافاً إلى أجل كذلك (مادة ٢٣٨)[1]

ويجوز أن يكون بشرط التجربة (مادتى ٢٣٩ و ٢٤٢)

ويجوز أن يكون المبيع أحد شيئين أو أكثر بخيار البائع أو المشترى (مادة ٢٤٤)

وهذا كله تابع للقواعد العمومية

(١) يؤخذ من النص أن التوقيف والفسخ خاصان بالشرط وأن الأجل لايكون إلا توقيفيا فقط والصواب جواز الإضافة إلى أجل فاسخ كبيع الوفاء ولعل القانون لاحظ أن هذا النوع من البيع أحكاما خاصة فلم يذكر الأجل الفاسخ هنا

والشئ الذى يظهر [١] أنه جديد فى هذا الفصل هو المادة (٢٤٥) التى نصت على جواز أخذ الشرط أو الأجل بالثمن إذا كان عرف البلد أو عرف التجارة يقضى بذلك

ومن المألوف بين التجار وعملائهم أنهم يبيعون و يشترون إلى آجال تختلف مدتها بحسب عادة الجهة بل قد يكون بين تاجر وتاجر عادة خاصة فى ذلك وكذلك بين الأهالى بعضهم مع بعض [٢]

تتمـة — فى رسوم البيع

تشمل رسوم البيع رسم التسجيل وأجرة كتابة العقد والكشف على العقار قبل الشراء وهى على المشترى (مادة ٢٤٣)

وسيعود القانون لبيان ذلك فى التسليم (راجع ص ٢٤٠ و ٢٤١ مادتى ٢٨٣ و ٢٨٤)

الفصـل الرابـع
فى حكم البيع

لما كان البيع أهم العقود كما قدمنا اضطر القانون إلى التنصيص على ما يترتب عليه ولم يترك الأمر للقواعد العمومية لدقة بعض المسائل ولأنه أدخل على القواعد العمومية قليلا من التعديل لمقتضيات أوجبت ذلك

وسنكتفى بإيراد النصوص ولا نعلق عليها إلا إذا احتاجت إلى بيان أو مثال وهى على وجه العموم سهلة واضحة

يظهر أثر البيع فى انتقال ملكية المبيع إلى المشترى وفى التعهدات التى تلزم كل واحد من العاقدين وحقوقهما وفى حقوق الغير

الفرع الأول — حكم البيع فى انتقال الملكية

إن كان المبيع عينا بذاتها انتقلت ملكيتها من البائع إلى المشترى بمجرد الإيجاب والقبول ويعتبر هذا صحيحا بالنسبة لمن يقوم مقام العاقدين قانونا كالورثة والدائنين لافرق بين أن يكون المبيع عقارا أو منقولا أو حقا أيا كان مفرزا أو شائعا (مادة ٢٦٦)

(١) نقول يظهر لأن الواقع أنه ليس بجديد ولكنه تطبيق من القاعدة العمومية الواردة فى المادة (١٣٨) (راجع تقسيم العقود ص ١٢٩)

(٢) بقى من هذا الفصل أربع مواد منها المادة (٢٤٣) ذكرت فى هذا المكان استطرادا ومحلها فى بيان واجبات المشترى والثلاث الباقية خاصة بحكم البيع فى نقل الملكية

بعد هذا النص بين القانون كيف تنتقل الملكية فقال :

(أ) إذا كان المبيع عينا معينة تنتقل ملكيته للمشترى «ولو كان تسليمه مؤجلا فى عقد البيع لأجل معلوم وفى هـذه الحالة إذا أفلس البائع قبل تسليم المبيع فللمشترى الحق فى استيلائه عليه» (مادة ٢٦٧) [1]

(ب) لاتنتقل ملكية المبيع المعيّن نوعه فقط إلا بتسليمه للمشترى (مادة ٢٦٨)

هذا هو بيع المكيل والمعدود والموزون والمقيس وقد ورد فى المادة (٢٤١) أن ملكية المبيع لاتنتقل إلا إذا حصل الكيل أو العد أو الوزن أو المقاس [2]

فإذا هلك المبيع فعلى البائع

وأما البيع جزافا فهو تام من يوم العقد لأن المبيع محدود (مادة ٢٤١) وسيأتى لذلك تفصيل أوسع

(ج) البيع على شرط التجربة موقوف على صحتها (مادة ٢٤٢) [3]

(د) إذا وقع البيع معلقا فسخه على حصول أمر معين تنتقل ملكية المبيع للمشترى من حين العقد (مادة ٢٦٩ فقرة أولى)

(هـ) وإذا كان البيع معلقا على أمر وقع فيما بعد فيعتبر المبيع ملكا للمشترى من تاريخ العقد (مادة ٢٦٩ فقرة ثانية) [4]

(و) لاتنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظ قانونا (مادة ٢٧٠)

(١) تكراركرناه لقول إنه إسراف بلا مقتضى

(٢) يخيل أن هذين النصين متناقضان ؛ لأن الثانى لا يشترط التسليم لتمام بيع المقدرات والواقع أنه لاتناقض وأن النص الأخير متمم لسابقه وكان الأولى جمع الشرطين فى نص واحد وسترى أن القانون خالف مفهوم هذين النصين وهو سقوط الضمان عن البائع بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى (راجع ص ٢٢٦)

(٣) الأحكام الثلاثة الأخيرة واردة فى الفصل الأول من القانون المدنى (فى أحكام البيع) وهى فى الواقع من أحكامه إلا أن معنى (أحكام) فى ذلك الفصل (قواعد عامة) بدليل أن القانون عقد الفصل الرابع لبيان مايترتب على البيع وهذا هو الذى يقال له أحكام فى اصطلاح الفقهاء لذلك نقلناها هنا حيث موضعها

(٤) تعبير سقيم يراد به (إذا تحقق الأمر الذى كان البيع موقوفا عليه اعتبر المشترى مالكا للمبيع من يوم العقد) ولاحظ قول القانون فى آخر المادة (من تاريخ العقد) بعد قوله فى آخر الفقرة الأولى منها (من حين العقد) فإن ذلك أسلوب غير قويم فى التشريع

الفرع الثانى — فى تعهدات البائع

تعهدات البائع اثنان (مادة ٢٦٦) :

أولا — تسليم المبيع

ثانيا — ضمان المبيع

المبحث الأول — فى تسليم المبيع

لتسليم المبيع أهمية كبرى فى البيع ولا سيما إذا كان من المقدرات لأن الملكية لا تنتقل إلى المشترى إلا به كما تقدم

والتسليم هو الذى يمكن المشترى من الانتفاع بالمبيع والتمتع بثمراته ومن يوم التسليم يبدأ الزمن اللازم لاكتساب الملك بمضى المدة إذا كان المبيع غير مملوك للبائع

وللتسليم صورة يقع بها ومكان وزمان ومشتملات ومصاريف

١ — كيف يقع التسليم

تسليم المبيع هو تمكين المشترى من حيازته بتقديمه إليه عينا أو حكما ويتم الوفاء بالتعهد متى وضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلم ذلك ولو لم يستلمه فعلا (مادة ٢٧١)

وتسليم كل شئ بحسبه[1] (مادة ٢٧٢) و (مادة ٢٧٣)

فالعقار يسلم بتسليم مفاتحه كالدار أو حجته كالأراضى

ولا يعتبر التسليم إلا إذا لم يكن هناك مانع من وضع المشترى يده على العين فإن كان مانع كأن وجد من يدعى حقا على العين أو يعارض فى تسليمها لا يتم التسليم إلا برفع المانع

والمنقول يسلم بالمناولة من يد ليد و بتسليم مفاتيح المخازن التى يوجد المبيع فيها والحقوق تسلم بتسليم سنداتها أو بالترخيص من البائع إلى المشترى بالانتفاع بها إلا إذا وجد مانع فيقف التسليم حتى يزال

ومجرد إرادة المتعاقدين كاف فى حصول التسليم إن كان المبيع فى يد المشترى من قبل

(١) قدمنا كيفية التسليم فى التعهدات ولكن نكررها مجاراة للقانون فقد لا يخلو التكرار من الفائدة بعض الأحيان

وإذا استلم المشترى المبيع من نفسه أو بدون إذن البائع ينظر إن كان قد دفع الثمن فاستلامه صحيح وتبرأ ذمة البائع من تعهده به وإن كان لم يدفع الثمن فاستلام المشترى صحيح بالنسبة له وباطل فى جانب البائع أعنى أن حق المشترى فى طلب التسليم يسقط لأنه وضع يده على المبيع فعلا وإذا هلك فهلاكه عليه وأما البائع فله استرداد المبيع من يد المشترى إذ له حق حبسه حتى يدفع إليه الثمن (مادة ٢٧٤)

لكن إذا سلم البائع المبيع باختياره للمشترى فليس له استرداده حتى يدفع إليه الثمن بل له طلب الفسخ إن لم يقم المشترى بالوفاء (مادة ٢٨٠)

٢ ـ مكان التسليم

إذا اتفق العاقدان على مكان للتسليم وجب أن يكون فى ذلك المكان ولو اقتضى الحال نقله بمصرف قليل أو كثير فإن تعذر النقل أو ترتب عليه ضياع وقت وكان ذلك بفعل البائع وسوء نيته جاز للمشترى طلب فسخ البيع والتعويض (مادة ٢٧٦)

فإن لم يتعين فى العقد محل التسليم كان حصوله حيث يوجد المبيع حين التعاقد (مادة ٢٧٥)

٣ ـ زمان التسليم

إذا قدر وقت ففى الوقت المقدر

وإذا لم يقدر وقت للتسليم وجب حصوله حين العقد إلا إذا اقتضى الحال وقتا فيتبع فى تقديره العرف الجارى (مادة ٢٧٧)

فإن تأخر البائع عن الوفاء بتعهده المختص بالتسليم كان المشترى بالخيار بين طلب التسليم وطلب الفسخ

وإذا لحقه ضرر من التأخير جاز تضمين البائع ويشترط فى جواز الخيار للمشترى أن ينذر البائع مقدما انذارا رسميا بالتسليم

ويشترط فى استحقاقه التعويض مع الإنذار أن يكون قد لحقه ضرر من التأخير وأن يكون التأخير بفعل البائع (مادة ٢٧٨) (راجع ص٢١٩)

٤ ـ مشتملات التسليم

مشتملات التسليم هى بذاتها مشتملات الشئ المبيع فما كان منها بنص العقد أو بطبيعة الحال أو بقصد المتعاقدين وجب تسليمه أيضا (مادة ٢٨٥)

والأمر فى معرفة ذلك يرجع أولا إلى اتفاق العاقدين (مادة ٢٨٦) فإن كان العقد خلوا من البيان اتبع عرف الجهة [١] ولوحظت الأحكام الآتية :

(أ) بيع البستان يشمل مافيه من الأشجار المغروسة دون الثمار الناضجة والشجيرات الموضوعة فى الأوعية أوفى بقعة مخصوصة من البستان متى كانت معدة للنقل (مادة ٢٨٧)

(ب) بيع الأرض الزراعية يشمل مافيها من المبانى الزراعية كالقناطر والسواقى وكذا الأشجار المغروسة للبقاء والتأبيد دون الزرع ولا يشمل مبانى العزبة إلا بنص صريح (مادة ٢٨٨)

(ج) بيع الدار يشمل كل بناء وكل مثبت فيه ولا يشمل المنقولات إلا إذا كانت متصلة بالبناء اتصالا لاينفصل بغير تلف له (مادة ٢٨٩)

(د) يجب على البائع تسليم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقاسه حسب ما هو متفق عليه فى العقد (مادة ٢٩٠)

لكن قد يختلف المقدار الحقيقى عن المقدر فى العقد وحينئذ يجب النظر فى تأثير ذلك فى حقوق العاقدين

والخلاف يقع فى الصور الأربع الآتية :

الصورة الأولى — أن يكون المبيع مثليا أعنى يقوم بعضه مقام بعض وعدد آحاده مقدرا وثمن الوحدة متفقا عليه ويحصل البيع جملة وعند التسليم يتبين أن المقدار الحقيقى ينقص عن المذكور فى العقد . فى هذه الحالة يخير المشترى بين فسخ العقد ونقص الثمن بنسبة نقص المبيع

مثال ذلك : بيع جرن من القمح باعتبار أنه يحتوى مائة أردب وقدر ثمن الأردب الواحد مائة قرش فعند التسليم ظهر أن عدد الأرادب ثمانون . فللمشترى فسخ العقد أو البقاء على البيع وتنقيص الثمن بمقدار النقص

فإذا كان المقدار الحقيقى زائدا على المذكور فى العقد فالزيادة للبائع (مادة ٢٩١)

(١) لم يذكر القانون العرف ولكنه ثابت بالضرورة لأن (قصد المتعاقدين) الوارد فى المادة (٢٨٥) لايبين للقاضى إلا من العرف المصطلح عليه

الصورة الثانية – أن يكون المبيع كما فى الصورة الأولى مثليا وعدده مقدرا والبيع جملة إلا أن الثمن مقدر بالجملة أيضا من دون تقدير ثمن الوحدة . فى هذه الصورة أيضا يكون الخيار للمشترى كما تقدم

الصورة الثالثة – أن يكون المبيع قيمياً أعنى لايقوم بعضه مقام بعض وعدد آحاده مقدرا وثمن الوحدة متفقا عليه لكن لا يتيسر قسمة المبيع بغير ضرر وعند التسليم تبين أن المقدار الحقيق ينقص أو يزيد عن المقدر فى العقد فالمشترى بالخيار فى الحالتين إما أن يبقى الصفقة ويدفع الثمن بحسب ماظهر عند التسليم أو أن يفسخ البيع (مادة ٢٩٢)

وليس له فى حالة الزيادة قسمة المبيع والبقاء على الصفقة كما فى الصورة الأولى اتقاء لضرر القسمة

مثال ذلك : دار بيعت أرضا وبناء على أن الأرض ألف متر وقدر ثمن المتر مائة قرش فبان عند التسليم أنها تسعمائة متر أو ألف ومائة ، وجب تخيير المشترى فى حالة النقص بسبب ذلك النقص وفى حالة الزيادة بسبب ضرر القسمة فإما أن يترك الدار وإما أن يدفع ألف جنيه ومائة

الصورة الرابعة – هى الصورة الثالثة مع تقدير الثمن جملة بدل تقدير ثمن الوحدة ففى المثال السابق قدر ثمن الدار ألف جنيه بدل تقدير ثمن المتر الواحد مائة قرش ، فى هذه الحالة يخير المشترى بين فسخ البيع وبين أخذ الدار بالثمن المسمى وهو ألف جنيه وليس له أن يطالب نقصه لأن البيع جملة أعنى أن العاقدين لحظا جواز النقص والزيادة

هذا ولا يجوز على كل حال طلب فسخ البيع فى صورة من الصور الأربع المتقدمة إلا إذا كان الفرق زائدا على نصف عشر الثمن المسمى فى العقد (مادة ٢٩٣)

وفى كل صورة يجوز للمشترى فيها طلب نقص الثمن لنقص المبيع يجوز أيضا للبائع طلب تكملة الثمن لزيادة المبيع

وإذا فسخ البيع لسبب من الأسباب المتقدمة وجب على البائع رد الثمن أو ماقبضه منه وكذا رسم العقد وما صرفه المشترى من المصاريف القانونية (مادة ٢٩٤)

والمصاريف القانونية تشمل على الأخص رسوم الكشف عن المبيع إن كان عقارا وأجرة السمسار وأتعاب محرر العقد

ويسقط حق المشترى فى طلب الفسخ أو نقص الثمن وحق البائع فى طلب تكملته بالسكوت على ذلك سنة واحدة من تاريخ العقد (مادة ٢٩٦) [١] [٢]

المبحث الثانى — فى حبس العين عن التسليم

للبائع أن يمتنع عن التسليم ويحبس العين تحت يده حتى يدفع إليه المشترى ثمنها أو مابقى منه أو ماوجب دفعه منه بحسب الاتفاق ولا يلزم بقبول رهن أو كفالة ، هذا إذا كان البيع بثمن معجل

فإن أمهل البائع المشترى فى دفع الثمن وجب التسليم فورا (مادة ٢٧٩)

وإذا قدم المشترى إلى البائع تأمينا مقابل تأجيل الثمن ثم ضعف التأمين قبل تسليم المبيع وقبل حلول الأجل فللبائع حبس العين حتى يدفع الثمن أو يقدم المشترى كفيلا جديدا

وكذا الحكم إذا أعسر المشترى قبل التسليم بحيث يتعذر عليه دفع ثمن المبيع (مادة ٢٨١) وأما إذا أفلس ولم يكن قد دفع ثمن المبيع فيجب على البائع أن يلاحظ حبس العين إذا كانت لاتزال فى يده أو استردادها إن كان سلمها للمفلس (مادة ٢٨٢) عملا بما هو مقرر فى قانون التجارة

والمقرر فى القانون المشار إليه هو :

إذا لم يكن البائع سلم البضاعة إلى المفلس ولم يكن أرسلها إليه ولا لشخص آخر على ذمة المفلس جاز له الامتناع عن تسليمها (مادة ٣٨٧ تجارة)

فإن كان المبيع خرج من يد البائع لايجوز استرداده إلا بالشروط الآتية :

أولا — أن لاتكون البضاعة قد سلمت إلى مخازن المفلس أو مخازن الوكيل بالعمولة المأمور من قبله ببيعها على ذمته

(١) فى النص على بداية السنة من تاريخ العقد نظر إذ قد لا يعرف إلا عند التسليم وقد يكون مؤجلا باتفاق العاقدين زمنا طويلا كثلاثة أشهر أو أكثر ويكون الحكم بالسقوط ساريا على صاحب الحق قبل وجوده ولعل القانون لاحظ أن الغالب فى هذه الأحوال بيع المقدرات المثلية والعادة تسليمها بغير آجال فساق النص على الغالب

(٢) أضفنا المواد ٢٩٧ — ٢٩٩ الواردة فى آخر هذا القسم من القانون إلى القسم الثانى منه المتعلق بالضمان لأنها ألصق به منها بالتسليم

ثانياً – أن لايكون المفلس دفع ثمنها كله أو جزأ منه ولا حررت به منه ورقة تجارية أو دخل الثمن فى الحساب الجارى بين المفلس والبائع (مادة ٣٨٣ تجارة)

ثالثاً – أن لايكون المفلس باع البضاعة قبل وصولها إلى مخزنه أو مخزن الوكيل بالعمولة بناء على قائمتها الدالة على ملكيته لها وتذكرة إرسالها أو تذكرة النقل متى كانت القائمة والتذكرة موقعتين من المرسل وكان هذا البيع بدون تدليس من المفلس (مادة ٣٨٤ تجارة)

فإن كان المبيع أرسل إلى شخص عينه المفلس وقت الشراء لوحظ حكم المادة السابقة فى إجازة الاسترداد (مادة ٣٨٥ تجارة)

إذا اجتمعت تلك الشروط كلها جاز للبائع أن يسترد ماباع إلى من أفلس بعد البيع بشرط أن يرد النقود التى يكون أخذها على الحساب ويكون الرد إلى روكية التفليسة (مادة ٣٨٦ تجارة)

ويجوز لوكلاء الدائنين مع إذن مأمور التفليسة أن يطلبوا تسليمهم المبيع بشرط أن يدفعوا للبائع ثمنه الذى كان متفقاً عليه بينه وبين المفلس (مادة ٣٨٨ تجارة)

وكذلك يجوز لهم إجابة طلب الاسترداد بشرط تصديق مأمور التفليسة على ذلك فإن تنازعوا فصلت المحكمة الابتدائية بينهم (مادة ٣٨٩ تجارة)

تنبيه – فى مصاريف التسليم

مصاريف التسليم على البائع وهى التى تلزم لجعل المبيع صالحاً لوضع يد المشترى عليه فى الزمان والمكان الواجبين كأجرة النقل لمحل التسليم وأجرة الكيل أو المقاس أو الوزن (مادة ٢٨٣)

وأما أجرة التصدير والنقل من محل التسليم ومصاريف دفع الثمن وكذا رسوم عقد البيع فإنها تلزم المشترى [1]

(١) فى الواقع أنه جعل (رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشترى) فى المادة ٣٠٤ فأعاد النص هنا وانقص منه المصاريف فأصبحت المادة ٣٠٤ قاصرة على المصاريف إلا إذا كان نص المادة ٢٨٤ فضلة

ومع ذلك إذا كانت المسألة تجارية وجب اتباع العرف التجارى فيما تقدم كله (مادة ٢٨٤)

المبحث الثالث — فى ضمان المبيع

ضمان المبيع هو التعهد الثانى من البائع إلى المشترى وهو نوعان :

١ — ضمان المبيع قبل تسليمه

٢ — ضمان المبيع بعد تسليمه

١ — فى ضمان المبيع قبل التسليم

البائع ضامن للمبيع حتى يسلمه للمشترى

وقد يعرض للمبيع قبل تسليمه هلاك أو تلف

وقد يكون ذلك بتقصير من البائع أو من المشترى أو بقوة قاهرة

ويختلف ضمان البائع بحسب هذه الأحوال

الهلاك بتقصير البائع — يضمن البائع الثمن إذا كان قد دفع وعليه عوض للمشترى عما لحقه من الخسارة (مادة ٢٩٩)

الهلاك بتقصير المشترى — لا يضمنه البائع وله الثمن بأكمله (مادة ٢٩٩)

الهلاك بقوة قاهرة — يضمن البائع الثمن فقط (مادة ٢٩٧)

وفى المسألة تفصيل بسطناه فى غير هذا المكان (راجع ص ٢١٥)

التلف بتقصير البائع — للمشترى الخيار بين فسخ البيع والتعويض وبين استبقاء الصفقة وتنقيص الثمن (مادة ٢٩٩)

التلف بتقصير المشترى — لا يضمن البائع شيئاً وله الثمن بأكمله (مادة ٢٩٩)

التلف بقوة قاهرة — إن كان التلف جسيماً بحيث لو كان موجوداً قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء كان مخيراً بين الفسخ وأخذ الثمن وبين استيفاء المبيع بالثمن المتفق عليه أى بدون نقص (مادة ٢٩٨) (راجع ص ٢١٥ و ٢١٧)

أما إذا كان العيب الذى حدث فى المبيع لايوجب عدم الشراء إذا علم قبل العقد فلا يجوز الفسخ ولكن للمشترى طلب نقص الثمن كما سيجىء

ولا يضمن البائع هلاك الشئ أو تلفه بقوة قاهرة إذا كان قد طلب إلى المشترى أن يستلم المبيع بمقتضى ورقة رسمية كالإنذار أو بما يقوم مقامها ككتوب مؤمن عليه فى البوسته أو كان المشترى مكلفاً بالاستلام بنص فى العقد (مادة ٢٩٧)

٢ ـ فى ضمان المبيع بعد التسليم

يراد بضمان المبيع بعد التسليم ثلاثة أمور :

الأول ـ ضمان التعرض للمشترى

الثانى ـ ضمان درك المبيع أى استحقاقه للغير

الثالث ـ ضمان العيب الخفى فى المبيع

فى ضمان التعرض

يجب على البائع أن يضمن تمتع المشترى بالمبيع من تعرض الغير له فيه

ويشترط فى وجوب الضمان على البائع أن يكون التعرض حاصلاً من شخص ذى حق عينى على المبيع وقت البيع أو من شخص ذى حق عينى ترتب على المبيع بفعل البائع بعد العقد

ولا يجب فى هذا الضمان أن يكون مشروطاً بنص مخصوص فى العقد (مادة ٣٠٠)

والتعرض نوعان : تعرض مبنى على شبهة ويقال له التعرض القانونى وتعرض من غير ذى شبهة وهو التعدى

وضمان البائع قاصر على التعرض القانونى دون التعدى

والتعرض القانونى هو مزاحمة شخص له على المبيع حق ثابت قبل البيع كان المشترى يجهله كحق ارتفاق مستتر وكإيجار ثابت التاريخ أو رهن أو غير ذلك مما يصح الاحتجاج به على الغير قانونا

وكذلك مزاحمة شخص ترتب له مثل ذلك الحق من البائع بعد البيع وسجل صاحبه سنده قبل أن يسجل المشترى عقده

وللمشترى فى هذه الحالة طريقان إما أن يدخل البائع ضامنا له ضد المتعرض وحينئذ تكون نتيجة الخصومة على البائع حتما إذا قضى باستحقاق المبيع للمتعرض

والطريق الثانى أن يدافع المشترى وحده فإذا خسر الدعوى رجع على البائع بالضمان وهو لا ينال من البائع فى هذه الحالة شيئا إذا برهن هذا على أن المشترى خسر الدعوى بسوء دفاعه أو قدم من الأدلة مالو ظهر أمام المحكمة لقضت لصالح المشترى

والمشترى مقصر من البداية لعدم استدعائه البائع وهو مقصر أيضا لإهماله فى تقديم الدفع الوجيه بل يجوز أن يسقط حق الضمان وإن كان المشترى قدم الدفع المذكور وخسر الدعوى

قد يقال إن الحكم على المشترى للأجنبى الذى عارضه يفيد أن الدفع لم يكن وجيها فلا محل لنسبة التقصير إليه إلا أن البائع ليس خصماً فى الدعوى ولا يتعدى إليه الحكم الصادر بين المشترى وبين الأجنبى ولكل من لم يكن خصما فى الدعوى أن يرد الخصومة الجديدة فى الموضوع نفسه بجميع أوجه الدفع التى لم تقبلها المحكمة فى الدعوى الأولى وقد يجوز أن ينجح فى دفعه وإن كان نادرا ولكن جواز النجاح كاف فى سقوط حق الضمان

أما التعدى من غير ذى شبهة فلا يضمنه البائع لأن دفعه ميسور للمشترى وليس للبائع جناية فيه . لكن إذا تعدى البائع نفسه حوسب على عمله . فمن الأصول أن من وجب عليه الضمان حرم عليه التعرض

فى ضمان درك المبيع

درك المبيع إما أن يكون كليا أو جزئيا

فإن استحق العقار كله لأجنبى ذى حق عليه ثابت قبل البيع أو ثبت بعده بفعل البائع كما فى مثال التعرض انفسخ البيع ووجب الضمان حتما على البائع إذا كان المشترى طلبه ضامنا فى الدعوى وإذا لم يطلبه لا يلزمه الضمان إلا إذا لم يبرهن على أن خسارة الدعوى ناشئة من إهمال المشترى أو كان لديه من الحجج ما يدفعها أو طلب خصما فيها كما تقدم

ونزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانونا كنزع الملكية كليا إذا كان الجزء المستحق للتعرض بحيث لو علمه المشترى قبل العقد لامتنع عن الشراء

وكذلك ثبوت حق ارتفاق على المبيع (مادة ٣١٠)

ومع ذلك يجوز للمشترى أن يستبق المبيع (مادة ٣١١) مع استرداد قيمة الجزء الذى استحق مقدرة وقت نزعه أو تعويض تقدره المحكمة مقابل حق الارتفاق (مادة ٣١٢)

أما إذا كان الجزء المستحق صغيراً أو كان حق الارتفاق غير ضار بالمشترى ولا معطل لحرية تصرفه بحيث لو علم قبل العقد لما أحجم عن الشراء فلا يجوز له الفسخ بل يكون له التعويض فقط

وكذلك لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ البيع إضراراً بحقوق دائنيه المرتهنين لأن فسخ البيع يسقط رهونهم تبعا لسقوط حق الملك منه (مادة ٣١١)

٣ ـ فى مشتملات الضمان

تقدم أن الضمان قد لا يشمل إلا رد الثمن وقد يشمل التعويضات أيضا والثمن الواجب رده هو الذى أخذه البائع حتى لو كان الرد بعد زمن نقصت فيه قيمة المبيع لأى سبب كان (مادة ٣٠٦) لأن البائع كان السبب فى استحقاق المبيع للغير بسكوته عن بيان حق ذلك الغير أو لترتيبه الحق على المبيع . وتتكون التعويضات مما يأتى (مادتى ٣٠٥ و ٣٠٧) :

١ ـ رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف

٢ ـ ماصرفه المشترى على المبيع لحفظه وإصلاحه وتحسينه

٣ ـ رسوم دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وما يتبعهما

٤ ـ ماخسره المدعى بدرك المبيع

٥ ـ ماحرم منه بسبب ذلك من الربح المقبول قانونا

ومن الربح المقبول مايفوت مشترى الحانوت باضطراره للانتقال من صقع جيد إلى أقل منه وفقد الزبائن وتعطيل الاتجار بين زمن الاستحقاق ووجود حانوت أو مخزن جديد

٦ ـ مازاد فى قيمة المبيع عن ثمنه سواء كانت الزيادة من فعل المشترى أو من مجرد مرور الزمن ويلاحظ هنا عدم الجمع بين مصاريف التحسين وزيادة القيمة

وإذا كسب مدعى الاستحقاق دعواه ولكنه لم يلزم بالمصاريف التى ادعى المشترى صرفها فى تحسين العقار فلا يلزم البائع منها إلا بما ترتب عليه فائدة للمبيع (مادة ٣٠٨) لأن عدم الحكم بها على مدعى الاسترداد قد يكون قرينة على عدم لزومها فوجب تحقيق المنفعة

وإذا كان البائع مدلسا فى درك المبيع ألزم بجميع المصاريف حتى التى صرفت فى زينة المبيع وزخرفته (مادة ٣٠٩)

المبحث الرابع — فى ضمان عيوب المبيع الخفية

الغرض من التبايع حصول المشترى على مبيع صالح للغاية التى اشتراه لأجلها كما أن البائع يتناول ثمنا لائقا باعتبار المبيع من النوع الوسط غير المعيب بما يسقطه عن درجته

فإن كان المبيع معيبا ضمن البائع للمشترى مايترتب على ذلك

وضمان العيب هو المعروف بخيار العيب بمعنى أن عيب المبيع يجعل المشترى مخيرا بين فسخ البيع وبين نقص الثمن

ولهذا الضمان شروط :

الأول — أن يكون العيب خفيا لأنه لو كان ظاهرا واشترى المشترى المبيع فهو قابل عيبه ولو لم يلتفت إليه وقت العقد إذ يعتبر مقصرا (مادتى ٣١٣ و ٣٢٠)

والعيب الخفى كما يكون فى المنقول يكون فى العقار مثل الدار نخر السوس أخشاب سقوفها وهى لاترى ولكنه قلما يكون فى الأرض الزراعية

الثانى — أن يكون العيب مما ينقص قيمة المبيع التى اعتبرها المشترى حين العقد أو يجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له (مادة ٣١٣)

ويجب أن يكون نقص القيمة بمقدار لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء

وليس المراد من هذا الشرط أن القول قول المشترى فى قيمة المبيع لأن ذلك يكون بمثابة إعطائه حق الفسخ بمحض إرادته ولكن الغرض أن يكون العيب بحيث لايشترى معه المبيع عادة بالثمن المقدر فى العقد والمسألة ترجع إلى حكمة القاضى

وأما كون المبيع غير صالح للاستعمال فيراد به عدم الصلاح الكلى أو نقص المنفعة منه بحسب عادة أمثاله نقصا بينا وتقدير ذلك موكول للقاضى

الثالث ــ أن لا يكون العيب معلوما للمشترى حين العقد (مادة ٣٢٠) لأن العيب الظاهر لايوجب الضمان وإن جهله المشترى فن باب أولى العيب المعلوم فعلا

الرابع ــ أن يكون العيب قديما

والعيب القديم هو الموجود فى المبيع حين العقد إن كان عينا معينة كالفرس

فإن كان من المقدرات اعتبر العيب قديما ولو لم يحدث إلا بعد البيع وقبل تسليم المبيع (مادة ٣٢٢) (راجع ص ٢١٧)

الخامس ــ أن يكون البيع اختياريا فإن كان جبريا على المالك أمام المحكمة أو أمام جهات الإدارة كما فى النفقات وبيع الحاصلات فى الأراضى المؤجرة فلا ضمان على البائع (مادة ٣٢٧)

إذا اجتمعت هذه الشروط كان المشترى مخيرا بين فسخ البيع أو نقص الثمن وذلك مع التعويض أو بدونه (مادة ٣١٤)

فإن كان البائع يجهل العيب فليس للمشترى إلا طلب الفسخ أو البقاء على المبيع بالثمن المتفق عليه (مادة ٣١٥)

وإن كان العيب لا ينقص من قيمة المبيع نقصا بينا لايجوز للمشترى طلب الفسخ وليس له إلا طلب نقص الثمن كما يراه الخبير ويقضى به القاضى (مادة ٣١٨)

أما التعويض فلا وجه له لأن البائع سليم النية وسكوته عن إظهار العيب كان لجهله

وأما عدم نقص الثمن فلأن مصلحة البائع قد تكون فى استرداد المبيع فلا يجوز أن يحرمه المشترى منها إلا إذا استبقاه لنفسه وحينئذ يجب عليه دفع الثمن المتفق عليه

وإذا تعدد المبيع وكان كل واحد من أجزائه عينا معينة وظهر العيب فى بعضها قبل التسليم فليس للمشترى أن يطلب الفسخ بالنسبة لما ظهر فيه العيب دون الباقى سواء كان البائع عالما بالعيب أولا (مادة ٣١٦)

وبيانه أن الصفقة كانت واحدة وكان الثمن مقدرا باعتبار مجموعها ففسخ البيع فيما هو معيب منها يضر بالبائع ضررا كبيرا أو يحرمه من الجيد ويترك له الردىء ولا ضرر على المشترى فله التعويض إن كان البائع عالما بالعيب

لكن إذا ظهر العيب بعد التسليم جاز للمشترى فسخ البيع فى الأشياء المعينة إذا لم يكن فى القسمة ضرر على البائع (مادة ٣١٧)

فان كان فى التفريق ضرر كما لو كان المبيع شيئين متلازمين كفرسين متشابهين يزيد ثمنهما بتشابهما أو نعلين وجب أن يكون الفسخ فيهما أو البقاء عليهما

ويقدر الثمن بالكيفية الآتية (مادة ٣١٩) :

يقدر للمبيع ثمن باعتباره سالما من العيب

ويقدر له ثمن باعتبار عيبه

ويؤخذ متوسط الثمنين ويقرن المتوسط بالثمن الذى وقع به البيع والفرق بينهما يكون هو مقدار ما يجب نقصه من الثمن

مبحث — فى هلاك المبيع بالعيب

إذا هلك المبيع بسبب العيب الخفى فهلاكه على البائع ويجب عليه ردّ الثمن والتعويض إن كان عالما بالعيب أو ردّ الثمن وحده إن كان يجهله (مادة ٣٢٣)

مبحث — فى مشتملات ضمان العيب

سكت عنها القانون ولكنها ظاهرة مما تقدم فى ضمان درك المبيع مع ملاحظة موجب الضمان هنا أى العيب

فيدخل فيها ما صرفه المشترى على المبيع وما خسره بسببه وما فاته من الربح المقبول قانونا ومصاريف الزخرفة والزينة إن كان البائع مدلّسا وما تقدم كله خاص بالمسائل المدنية

أما فى التجارة فيتبع فى العيب عرف التجار (مادة ٣٢٦)

مبحث — فى سقوط ضمان العيب

يسقط ضمان العيب فى ثلاثة أحوال :

الأولى — إذا اشترط عدم الضمان فى العقد (مادة ٣٢١)

الثانية — إذا لم يقدّم المشترى دعوى الضمان فى ثمانية أيام من وقت العلم بالعيب (مادة ٣٢٤)

ويثبت العيب بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود

الثالثة ـ إذا تصرف المشترى فى المبيع أى تصرف كان بعد علمه بالعيب (مادة ٣٢٥) كأن استعمله أو باعه أو أجره

المبحث الخامس ـ فى شرط عدم الضمان

يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه للبيع

ولا يخلو الحال من أن يكون النص عاما كقولهم (بدون ضمان على البائع) أو صريحا فى الدلالة على المقصود من عدم الضمان

فإن كان عاما فلا يترتب عليه حرمان المشترى من فسخ العقد واسترداد الثمن ولكن يترتب عليه عدم إلزام البائع بتعويضات (مادة ٣٠١)

وإن كان صريحا معينا للغرض سقط الضمان بأكمله على شرط أن يكون المشترى علم وقت البيع بالسبب الموجب لاستحقاق المبيع أو كان مصرحا فى العقد أنه اشترى المبيع ساقط الخيار (مادة ٣٠٢)[1]

ومعنى قوله اشترى المبيع ساقط الخيار تنازل المشترى عن حقه فى طلب الفسخ لدرك المبيع كله أو بعضه

وشرط عدم الضمان باطل فى جميع الأحوال إذا كان درك المبيع ناشئا عن فعل البائع (مادة ٣٠٣)

الفرع الثالث ـ فى تعهدات المشترى

تعهدات المشترى اثنان ذكر أحدهما بالنص والثانى يستنتج لزوما من نصوص أخرى

التعهد الأول ـ المشترى ملزم بدفع الثمن فى المكان والزمان وبالشروط المتفق عليها فى العقد (مادة ٣٢٨)

وعلى المشترى مصاريف الدفع إن كانت كما لو كان يجب دفعه بطريق الحوالة من مصرف إلى مصرف فى بلد آخر أو إرساله بطريق البوستة

(١) النص العربى يوهم غير المراد منه لأن كلمة (اعتراف) تفيد أن ذلك يكون حين التنازع والكلام فى الشرط عند التبايع وقوله (ولا ضمان على البائع فى جميع الأحوال) يوهم أنه آت من قبل الواضع مع أن هذه الجملة مقولة لكلمة قررتى أبدناها من كلمة (اعترف) وهذه العبارة كلها ترجمة أربع كلمات فرنساوية يجمعها قولك نص (ساقط الخيار) وحرفيا قولك (على خطر ونصيب)

وإذا عيّن محلّ لتسليم المبيع كان هو محل دفع الثمن أيضا

فإن لم يعين للتسليم محل وجب الدفع فى محل البائع

فإذا سكت العقد عن بيان محل الدفع وزمانه كان الثمن واجب الدفع معجلا فى محل تسليم المبيع إن عيّن له محل وإلا ففى محل البائع

ومع ذلك يراعى عرف البلد وما درج عليه التجار فى محل دفع الثمن (مادة ٣٢٩)

وإذا تأجل الثمن كان التأجيل بلا فائدة إلا بشرط فى العقد يقضى بها

وإذا لم يتفق فى العقد فلا تجب الفائدة فى جميع الأحوال إلا فى صورتين :

الأولى — إذا وجب الدفع وكلف به البائع المشترى تكليفا رسميا فتحسب الفائدة من يوم التكليف وطبقا لنص القانون (راجع ص ٢١٧)

الثانية — إذا كان المبيع الذى سُلِّم ذا ثمرة أو ريع آخر كما لو كان بستانا مثمرا أو عربية معدّة للكراء وجب أن تكون المنفعة متبادلة بين الطرفين (مادة ٣٣٠)

وتجب الفوائد من يوم التسليم بدليل قول المادة : (المبيع الذى سلم) أعنى أن الفائدة لاتجب على ثمن المبيع الذى لم يسلم بعد

مبحث — فى خيار الثمن

خيار الثمن ويقال له أيضا خيار النقد هو حق البائع فى فسخ البيع إذا لم يدفع له الثمن فى الأجل الواجب الدفع فيه أو طلب إلزام المدّعى بالدفع (مادة ٣٣٢)

وعدم دفع جزء من الثمن كعدم دفع الكل فى ثبوت الخيار لأن النص لم يخصص ولأن الحق يقضى بذلك

ويستثنى من ذلك حالتان :

الأولى — إذا كان عدم دفع الثمن ناشئا عن تعرض حاصل للمشترى فى المبيع كما فى ضمان الدرك إذ للمشترى فى هذه الحالة أن يحبس الثمن إلى أن يزول سبب الخوف من الاستحقاق[1]

(١) نستعمل الكلمتين (الدرك والاستحقاق) كالشرح الجديدة مع القديمة بالسهولة

ويجوز للبائع أن يقدم كفيلا على ماقد يجب من الضمان للمشترى إذا استحق المبيع وحينئذ يجوز له اقتضاء الثمن (مادة ٣٣١)

ولا يقضى بالدفع حتما فى هذه الحالة بل النظر للقاضى فى اقتدار الكفيل وأحوال الدعوى

الثانية ـ إذا أعطت المحكمة للمشترى مهلة يدفع فيها الثمن لوجود المقتضى كما لو كان للثمن فائدة وكان المشترى لم ينتفع من المبيع لمرضه أو لعارض حدث ولا خوف من التأجيل

على أنه يجوز للمحكمة لزيادة ضمان البائع أن تأمر بوضع المبيع تحت الحجز حتى إذا انقضت المهلة ولم يدفع الثمن استرده البائع

وعلى كل حال لايجوز للمحكمة أن تمهل المشترى بالثمن إلا مرة واحدة (مادة ٣٣٣) ولا يجوز لها أن تأذن بالإمهال إذا كان الفسخ واجبا بنص العقد سواء اشترط الفسخ بلا احتياج لتنبيه رسمى سابق أو كان التنبيه واجبا لعدم اشتراط نفيه (مادة ٣٣٤)

وكذلك لايجوز للمحكمة إعطاء المهلة ولو لم يشترط الفسخ فى العقد من دون أن يكلف البائع المشترى بالدفع تكليفا رسميا إذا كان المبيع سلعة تجارية أو متاعا منقولا وكان متفقا فى العقد على بيان محل التسليم ودفع الثمن (مادة ٣٣٥)

وعلى كل حال لاينبغى إمهال المشترى إذا ظهر منه المطل أو كان المبيع منقولا يخشى عليه التلف أو الضياع أو نقص القيمة بالاستعمال أو كان عقارا مثمرا ويخشى من إعسار المشترى وهكذا

التعهد الثانى ـ وجوب الاستلام

كما وجب على البائع تسليم المبيع يجب على المشترى أن يستلمه

والأمر واضح إذا سكت الطرفان لأن المبيع يبقى فى حيازة البائع إذ فى هذه الحالة يكون هناك اتفاق ضمنى على تأجيل التسليم

لكن قد يجوز أن يكون للبائع مصلحة فى التسليم وحينئذ يجب على المشترى أن يستلم متى طلب منه ذلك إلا إذا كان التسليم مؤجلا بنص العقد

وقد سكت القانون عن تقرير هذا الواجب اكتفاء ببيان ما يترتب على امتناع المشترى من الاستلام كما جرى عليه فى أحوال كثيرة من ذكر حكم القاعدة دون النص عليها بذاتها (راجع المادتين ١٠١ و ١٤١)

تقدم أن البائع يفى بتعهده متى وضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلم ذلك ولو لم يستلم (مادة ٢٧١) ومعناه سقوط الضمان عن البائع فاذا هلك المبيع فهلاكه على المشترى وهذا الحكم أيضا مستفاد من المواد (٢٩٧ و ٢٩٨ و ٢٩٩) (راجع ص ٢١٥ — ٢١٧)

ولا يشترط على البائع إنذار المشترى بالاستلام بل مجرد علمه بأن المبيع تحت تصرفه كاف فى نقل الضمان إليه

و يترتب على ذلك أنه لايجوز له عدم دفع الثمن بحجة عدم التسليم و إذا كان فى تأخره عن الاستلام ضرر أو مصرف على البائع فالمشترى ملزم به لأن المال يكون ملكه من حين وجوب استلامه

وللبائع أن يحبسه حتى يوفى ماصرفه عليه وإن دفع الثمن

مبحث — فيما يترتب على فسخ البيع

سكت القانون عن بيان مايترتب على فسخ عقد البيع والأمر سهل من نفسه فالقواعد العامة كفيلة بذلك وهى تقضى بما يأتى :

(ا) يعتبر البيع غير واقع فيمحى كل أثر ترتب عليه و يرجع المبيع لملك البائع

فإن كان عقارا رجع خلوا من كل حق ترتب عليه للغير من المشترى كرهن أو حق ارتفاق

(ب) للبائع استرداد الثمرة أو قيمة الريع الذى جناه المشترى من البيع وأن يرد له الفائدة التى أخذها أوالتى تجب على ما يكون وصله من أصل الثمن والرد هنا عبارة عن نقص قيمة الفائدة من قيمة الثمرة أو الريع

(ج) وله تعويض مالحق المبيع من التلف بفعل المشترى سواء كان مقصرا أم لا لأنه مقصر فى دفع الثمن لكن يجب مقابل ذلك أن يحسب له ماصرفه فى تحسين المبيع باعتبار مازاد فى قيمته

(د) يسترد البائع المبيع ممن هو فى يده مهما كانت صفة يده إلا إذا ثبت له عليه حق يحتج به على البائع كاكتساب الملك بمضى المدة أوكما لو كان المبيع منقولا طبقا لقاعدة (الحيازة سند الملك)

(ﻫ) وله حق الأولوية والتقدم على جميع الدائنين المرتهنين بعد البيع (راجع امتياز) لكن يشترط لنجاحه فى الاسترداد والامتياز أن يكون عقد البيع مسجلا أو يكون مذكورا فى العقد أن الثمن باق فى ذمة المشترى

مثال ذلك : باع زيد فدانا لبكر ولم يقبض الثمن و باع بكر ذلك الفدان لخالد وسجل هذا عقده . فإذا لم يكن بكر سجل عقده قبل خالد ولم يكن ظاهرا فى العقد أن الثمن باق فى ذمة بكر فلا يجوز لزيد أن يفسخ البيع ضده ولا أن يتبعه على بائعه ليأخذ الثمن ولا أن يتقدم على غيره من الدائنين إذا بيع العقار جبرا على المشترى إن كان باقيا فى يده

ويسقط حق البائع فى فسخ البيع إذا لم يسجل عقده قبل صدور الحكم بإشهار تفليس الحائز للمبيع (مادة ٦٢١)

بقى الزمن الذى يسقط بمضيه خيار الثمن وعدم النص عليه يجعله داخلا فى الحكم العام وهو يقضى بعدم سقوط حقوق المخاصمة قبل مضى خمس عشرة سنة إلا ما استثنى من ذلك بنص صريح

وعليه يدخل فى هذه القاعدة أيضا حق المشترى فى طلب الفسخ لعدم تسليم المبيع

مبحث ـــ فى خيار الغبن الفاحش

خيار الغبن الفاحش ممنوع على العاقدين اللذين توفرت فيهما شروط أهلية البيع والشراء وعلى غير القاصر من فاقدى الأهلية

وأما القاصر فخياره قاصر على طلب تكملة الثمن ويبقى العيب إلى أن يبلغ القاصر رشده فإذا مضى سنتان ولم يستعمل حقه سقط وكذا حق ورثته يسقط بسنتين من تاريخ وفاته (مادتى ٣٣٦ و ٣٣٧)[1]

(١) الغبن الفاحش سبب لخيار العاقد المغبون مطلقا فى بعض الشرائع بشرط التغرير أو بدونه على خلاف فى ذلك وهو لا ينتقل إلى الورثة فى الشريعة الاسلامية

وكان القانون وقف قبل النهاية فى يجزه ولم يقره وأعطى القاصر حق طلب تكملة الثمن واستتبع حكمه فنقله إلى ورثته وأسقطه بمضى سنتين و يغلب على الظن أنه لو كانت لائحة المجالس الحسبية موجودة حين وضع القانون لحذف هذا الفصل من باب البيع وكان ذلك أولى لعدم وجود مقتض للتفرقة بين فاقدى الأهلية فى هذا الحكم من جهة ولأن الضمان الذى لهم جميعا يساوى ضمان الأهلية الكاملة إن لم يزد عليها فى كثير من الأحوال فإن لم يكن كذلك فلا محل للتفرقة بين القاصر والمحجور عليه والمعتوه إذ كل يحتاج الحماية ذاتها

ويشترط فى خيار الغبن شرطان :

الأول — أن يكون المبيع عقارًا فإن كان منقولا فالغبن فيه لا يعطى حق طلب التكملة

الثانى — أن يكون الغبن فاحشا وهو يعتبر كذلك إذا زاد على خمس ثمن المبيع فإن كان الخمس أو أقل منه فلا وجه لطلب التكملة

وظاهر النص أن طلب التكملة جائز لوصى القاصر مدة الوصاية لكنا نرى غير ذلك وقصره على القاصر نفســه أولا لأنه من الحقوق الشخصية كباقى الحقوق التى لفاقدى الأهلية (راجع ص ٢٧) ثانيا لأن الضمان الذى وصفه الشارع فى لائحة المجالس الحسبية بعد نشر القانون وهو وجوب الترخيص من المجالس المذكورة بالبيع يمنع من أخذ النص على إطلاقه وإلا جاز للوصى أن يتخذ هذا الحق سلاحا يهدد به المشترى متى شاء

الفصـــــل الخامس

فى بيع الوفاء

بيع الوفاء هو البيع مع شرط خيار الاسترداد للبائع وهو نوعان (مادة ٣٣٨) :

الأول — جعل المبيع رهنا للمشترى لسداد الدين الذى على البائع وصورته :

اقترض زيد من بكر ألف جنيه وباع له مقابل ذلك عشرة أفدنة على أن الملك لا ينتقل للمشترى إلا إذا مضى زمن معين ولم يرد البائع الثمن

وهذا النوع كرهن الحيازة سواء بسواء وحكمه حكمه (مادة ٣٣٩)

الثانى — نقل ملكية المبيع إلى المشترى من يوم العقد واشتراط استرداده إذا دفع البائع الثمن والمصاريف (مادة ٣٤٠)

وهذا النوع شبيه بالبيع المعلق فسخه على شرط وحكمه حكمه أعنى أنه إذا رد البائع الثمن للمشترى رجعت إليه ملكية المبيع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصــلا وسقطت جميع الحقوق التى تكون ترتبت على المبيع بفعل المشترى كالبيع والرهن وحق الارتفاق

ولا فرق بين البيع وفاء والبيع المعلق فسخه على شرط إلا فى كون تحقق الشرط وعدمه محدودا لأجل أعنى أنه يجب تعيين زمن رد الثمن وأخذ المبيع

الفرع الأول — فى مدة بيع الوفاء

لما كان البيع وفاء يجعل الملكية غير مستقرة فى يد المشترى وعدم استقرارها مما لايتفق مع المصلحة العامة احتاج القانون لتحديد زمن ابقاء البيع معلقاً فقرر أن لا يزيد على خمس سنين فإن ذكر فى العقد مدة تزيد عن ذلك وجب نقصها إلى خمس سنين (مادة ٣٤١)

لكن يجوز للعاقدين أن يطيلوا المدة إذا قربت من النهاية و يعتبر ذلك عقداً جديداً بشرط أن لايكون فيه ضرر على من رتب لهم المشترى حقاً على العقار المبيع

مثال ذلك : اشترى زيد عقاراً شراء وفائياً مدته سنتان ثم رهنه مدة ملكه وبعد سنة ونصف اتفق مع البائع على جعل المدة خمس سنين بدلا من اثنتين . فى هذا الاتفاق إضرار بحقوق المرتهن لأن رهنه يصبح مهدداً زمنا أطول مما اتفق عليه وكذا المشترى الثانى لأن له أملا فى صيرورته مالكا ملكا نهائيا بعد المدة الأولى إذا لم يسترد البائع الأصلى العقار وهكذا

الفرع الثانى — فى حق المشترى فى بيع الوفاء

حق المشترى فى البيع وفاء هو حق الملك التام فى المدة المتفق عليها إلا أنه حق غير ثابت لأنه تحت شرط فاسخ : فالمشترى يتمتع بالمبيع واستغلاله بجميع الطرق الممنوحة قانونا لكل مالك وذلك من يوم البيع (مادة ٣٤٠)

له أن يبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حقوق ارتفاق

ويده على المبيع يد شرعية فإذا لم يكن البائع مالكا للبيع وكان عقاراً وكانت المدة خمس سنين فالمشترى يصبح مالكا بمضى المدة ضد المالك الحقيقى . وإذا لم تكن المدة خمس سنين وكان البائع ذا يد سابقة على العقار بحسن نية جاز للمشترى أن يضم المدتين ويتملك العقار إن كان مجموع المدتين خمس سنين

وإن لم يكن للبائع يد سابقة ومضت مدة العقد وكانت أربع سنين ولم يسترد البائع المبيع ومضت سنة خامسة قبل أن يظهر المالك الحقيقى يصبح المشترى مالكا نهائيا

ويشترط فى ذلك حسن النية فإن لم تكن النية حسنة وجب أن تكون المدة خمس عشرة سنة

وللمشترى إذا كان المبيع مرهوناً أن يطلب من الدائن المرتهن تجريد المدين أولا من أملاكه الأخرى قبل التنفيذ على العين المبيعة بيعا وفائيا

وكذلك للمشترى الحق فى رد طلب الدائنين الاعتياديين استرداد المبيع بالنيابة عن البائع وفى تجريد المدين أولا مما يكون له من الأملاك الأخرى

لكن جميع هذه التصرفات مشغولة بشرط الفسخ واسترداد المبيع

الفرع الثالث — فى ردّ المبيع وفاء

للبائع أن يسترد المبيع متى حلّ الأجل

وحق الاسترداد حق عينى كما سبق بيانه فهو يتبع العقار فى أية يد كانت فلو باع المشترى العقار جاز للمالك الأصلى أن يسترده من المشترى الثانى ولو لم يذكر فى عقده شرط الاسترداد (مادة ٣٤٣) لأن هذا الشرط موجود فى عقد المشترى الأول وكان على المشترى الثانى أن يقف على ما فيه من أحوال ملك بائعه وشروطه

المبحث الأول — فيما يسترد

هو العقار المبيع وفاء بذاته لا غيره ولا أقل منه ولا أكثر سواء كان قائما بذاته أو شائعا فى كلٍ قسماً واحداً أو أجزاء متعددة (مادة ٣٤٦)

ويستثنى من ذلك حالتان كما جاء فى القانون :

الحالة الاولى — إذا توفى المشترى وترك أكثر من وارث واقتسم الورثة العقار المبيع لمورثهم وفاء أو تركوه شائعا بينهم ثم حل ميعاد الاسترداد لا يجوز للبائع أن يسترد من كل وارث إلا قدر نصيبه فى التركة [1] (مادة ٣٤٦)

وإذا وقع المبيع كله فى نصيب أحد الورثة كان الطلب منه وحده دون الآخرين

الحالة الثانية — إذا كان المبيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى المشترى وفاء باقى الحصص ممن هى لهم بناء على طلبهم القسمة ولعدم إمكانها عينا جاز له أن يلزم البائع وفاء باسترداد العقار كله (مادة ٣٤٧)

(١) ليس هذا استثناء فى الحقيقة لأن البائع لا يسترد جزءا دون الآخر ولكنه يطالب رد الكل من كثيرين بدل أن كان الطلب من شخص واحد بدليل أنه لو وقع العقار حين القسمة فى نصيب وارث واحد فهو الذى يوجه الطلب إليه لذلك قلنا (كما جاء فى القانون)

مثال ذلك : باع زيد لبكر وفاء ثلث دار شائعا فى الدار كلها وطلب أصحاب الثلثين أو أحدهما القسمة فتبين أنها متعذرة و بيعت الدار فاشترى بكر الثلثين وصار يملك الدار كلها ثم حل أجل الاسترداد ففى هذه الحالة يجوز للمشترى أن يلزم البائع بأخذ الدار كلها

لكن إذا لم يتوفر الشرطان المبينان فى النص كما لو كان طالب القسمة هو المشترى وفاء أو لم يطلب أحد القسمة واشترى الحصص الباقية من أربابها بغير طريقة التصفية فلا يجوز له ذلك

وحكمة إلزام البائع باسترداد الكل فى الحالة المنصوص عليها هى اعتبار شراء الحصص الأخرى مصرفا لازما لاستبقاء حق الاسترداد الذى للبائع لأن المشترى حال محل البائع مؤقتا فى ملك نصيبه له حقوقه وعليه واجباته ومنها تحمل القسمة أو التصفية إذا لم تمكن القسمة عينا فإذا ترك المشترى غيره من الشركاء أو أجنبيا يأخذ الصفقة زال الملك عنه وعن مملكه لنيابته عنه كما ذكر وامتنع حينئذ حق الاسترداد ولا خوف من مغالاة المشترى فى الثمن لأن ذلك عسير عليه ما دام البيع حاصلا بالتزايد علنا فضلا عن عدم شيوع البيع وفاء فى نصيب غير مقسوم

المبحث الثانى ـــ فى شروط الرد

يشترط فى فسخ البيع وفاء ورد المبيع لصاحبه أمران (مادة ٣٤٤) :

الأول ـ أن يعرض البائع على المشترى الثمن وتوابعه

الثانى ـ أن يكون العرض فى الميعاد المتفق عليه فى العقد (مادة ٣٤٢)

العرض ـ يجب على البائع الذى يطلب الاسترداد أن يعرض على المشترى ما يأتى :

١ ـ أصل الثمن الذى قبضه

٢ ـ المصاريف التى صرفها المشترى حين العقد والتى يجب عليه صرفها حين الفسخ

٣ ـ ماصرفه المشترى مما كان لازما لصيانة المبيع

٤ ـ مصاريف التحسين التى صرفها المشترى بشرط أن لاتكون فاحشة فإن كانت باهظة أنزلها القاضى إلى الحد اللائق ولا تزيد فى أى حال عما زاد فى قيمة المبيع

وتعتبر المصاريف فاحشة إذا ظهر أن المشترى صرفها ليجعل الاسترداد متعسرا على البائع وللمشترى حق حبس العين إلى أن يوفى بما هو حقه مما ذكر

وأولى الطرق لعدم إيجاد محل للنزاع أن يكون العرض رسميا بواسطة المحضر

ولا يجب على البائع أن يعرض مطلوب المشترى عرضا حقيقيا أى أنه يقدم إليه المبلغ وأن يودعه فى صندوق المحكمة إذا لم يقبله المشترى بل يكفى أن يكون العرض إعلانا رسميا باستعداد البائع للدفع على شرط أن تكون أحواله موجبة للثقة بأن يقوم بالوفاء متى قبل المشترى

المبحث الثالث — فيما يترتب على الرد

يترتب على رد المبيع رجوعه إلى ملكية البائع خاليا من كل رهن ومن كل حق ترتب عليه بفعل المشترى كأنه لم يخرج من ملك البائع أصلا

إلا أنه يجب على البائع أن يقر الأعمال التى يكون المشترى عملها مما هو متعلق بإدارة المبيع ومنها الإجارة إذا لم تكن مدتها أكثر من ثلاث سنين ويشترط أن يكون المشترى حسن النية فإن لم يكن حسن النية فالبائع عليه حق التعويض (مادة ٣٤٥)

ويرجع المبيع إلى ملك البائع بما حصل فيه من الزيادة كطمى البحر والأشجار التى غرست على سبيل القرار

أما الباقى فهو مخير بين إلزام المشترى برفعها وبين استبقائها ودفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة أو ما زاد فى قيمة العقار بسببها إذا كان أذن باقامتها لأن المشترى لا يعتبر متعديا فى ذلك

فإن لم يكن أذن بذلك اعتبر المستأجر متعديا وكان المشترى مخيرا فى استبقائها ودفع قيمتها مقلوعة أو يطلب رفعها

ومع ذلك ينبغى النظر عند تقدير القيمة فى أحوال البناء ومراعاة ما إذا كان المشترى عمل عملا نافعا يستفيد منه العقار وتحسن به قيمة الإيجار أم لا بشرط أن لا تكون القيمة كبيرة يؤخذ منها أن المشترى أراد جعل الاسترداد صعبا على البائع

الفصـــــل السادس

فى بيع الدين والمزاعم وفى التخارج [١]

بيع الدين هو نقله من دائن الى دائن ويسمى الحوالة

بيع المزاعم هو نقل الحق المتنازع فيه أمام القضاء أو الذى يتوقع النزاع فيه من شخص لآخر

التخارج هو بيع الوارث نصيبه فى التركة جزافا

الفرع الأول ـــ فى الحوالة

قدمنا أنها نقل الدين من دائن لدائن آخر ففى الحوالة ثلاثة أشخاص الدائن وهو المحيل والمدين وهو المحال عليه والشخص الذى ينتقل الحق اليه وهو المحال

المبحث الأول ـــ فى شروط الحوالة

الحوالة عقد يجب فيه كغيره إيجاب وقبول بين العاقدين لكنه لايعتبر تاما ولا تنتقل ملكية الدين من المحيل إلى المحال إلا برضاء المدين كتابة

فإن لم توجد ورقة مكتوبة دالة على رضـاء المدين بالحوالة لاينفذ العقد ولا تثبت الحوالة إلا بالإقرار [٢] من المحال عليه أو باليمين أعنى إذا نكل عنها (مادة ٣٤٩)

وبناء على ذلك إذا أحال المحال الدين لرابع ورضى المدين تكون الحوالة الثـانية هى النافذة ويرجع المحال الأول على المحيل بمـا يكون له قِبَله من الثمن والتعويض

(١) عنون القانون هذا القسم من البيع هكذا (فى الحوالة بالدين وبيع مجرد الحقوق بالنسبة لغير المتعاقدين) وهى عبارة منسوخة من أصل فرنساوى هو (فى حوالة الديون وغيرها من الحقوق المعنوية) والعبارة الفرنساوية منتقدة عندهم لكونها تؤذن أن من الحقوق ماهو مادى" وذلك محال ومع ذلك نقل القانون المصرى "العبارة الفرنساوية كما هى وأضاف عليها قوله (بالنسبة لغير المتعاقدين) بعد أن ترجم الحقوق المعنوية بقوله (مجرد الحقوق) فجاء كلامه خليطا غير مفهوم والفصل معقود لبيع الديون والتخارج والحقوق المشكوك فيها وعلى الأخص المتنازع فيها ولذلك اخترنا العنوان الجديد والبحث فيه يدور حول المتعاقدين وغيرهم خلافا لمدلول النص وإن كان اهتمامه بالمحال عليه وهو غير المتعاقدين أكثر

(٢) أضفنا الإقرار لأن القانون نفسـه يضيفه فى مثل هذه الحالة كما فى المواد و بمقال ذكره هنا بوهم أنه غير وارد فى باب الحوالة

وإذا دفع المدين الدين للدائن الأصلى فدفعه صحيح ولا حق للمحال بغير رضاء المدين فى مطالبة هذا بشئ بل يرجع على الدائن

ولاقتضاء رضاء المدين بالحوالة سببان : أحدهما مصلحة المدين والثانى مصلحة الشخص الذى حول إليه الدين

فمصلحة المدين فى بقائه ملزما قبل الدائن الذى تعاقد معه لأن المفروض أن التعاقد المدنى فى مسائل الديون المالية لايكون إلا بين مَنْ لبعضهم ثقة ببعض وقد يكون للدين مصلحة فى بقاء الأمر سرًّا بينه و بين دائنه فاذا جاء التحويل بدون رضاه فاتت عليه تلك الفوائد . ويجوز أن يكون المدين دفع الدين للدائن وأخذ سندا لم يسجله وترك سند الدين بيد الدائن وذلك لايخليه من الالتزام بالدفع مرة ثانية للمحال . نعم له حق الرجوع حينئذ على الدائن لكن إذا كان هذا معسرا فلا فائدة له من حق الرجوع المذكور

ومصلحة المحال فى تحققه من بقاء الدين فى ذمة المدين إذ يجوز أن يكون المدين قد دفع ولا يزال سنده بيد الدائن لسبب آخر غير بقاء التعهد و يجوز أيضا أن يكون لدى المدين دفع يبطل التعهد فرضاؤه بمثابة اعتراف بوجود الدين و بعدم وجود وجه لبطلانه أو بالتنازل عما يكون عنده من الأوجه الموجبة لذلك

وليس من الواجب أن يقترن رضاء المدين بالحوالة بل يجوز أن يكون سابقا عليها كما لو صرّح فى سند الدين أنه تحت الاذن أو مقترنا بها أوحاصلا بعدها بشرط الكتابة كما تقدم

وكذلك يعتبر المدين راضيا مقدما بالحوالة إذا اشترط فى السند أن يكون الوفاء لحامله

المبحث الثانى — فى الديون التى يجوز تحويلها

يجوز تحويل جميع الديون على التقريب

لافرق بين أن يكون الدين خاليا من الشرط أو مشروطا بشرط توقيفى أو شرط فاسخ أو مضافا الى أجل كذلك

ولا بين أن يكون معجلا أو مؤجلا

ولا بين أن يكون حاضرا مقررا أو متوقع الحصول كالاستحقاق فى ريع الوقف قبل حلول الموسم

ولا بين أن يكون خاليا من النزاع أو متنازعا فيه

ولا يستثنى من ذلك إلا الديون التى لايجوز التنازل عنها بنص فى القانون وهى :

النفقات بأنواعها ومرتبات الموظفين فى الحكومة ومعاشاتهم وما استحقوه غير ذلك قبل الحكومة بناء على وظائفهم مما تقضى به القوانين واللوائح كمصاريف الانتقال والمكافآت عن مدة الخدمة

وأما المكافآت التى تكون منحة من الحكومة فلا تدخل فى الاستثناء

ويلحق بمرتبات الموظفين أجور العملة الذين يعملون للحكومة أو إحدى مصالحها

المبحث الثالث – فيما يترتب على الحوالة

١ – بالنسبة للعاقدين والمدين

بالنسبة للمحال – يحل المحال محل المحيل فى الدين وتوابعه وكفالاته

ولكنه يتحمل أيضا جميع الدفوع التى كان للمدين أن يحتج بها على المحيل حتى ما كان منها متعلقا بشخص المدين مثل كونه قاصرا أو مكرها أو مدلسا عليه وهكذا

إلا أن قبول المدين الحوالة يسقط حقوقه فى كل دفع كان له قبل الدائن لأن الحوالة تعتبر تجديدا للدين فلو كانت المدة انقضت مثلا يسقط الحق فى الاحتجاج بها وهــذا إذا لم يشترط المدين حفظ حقه فيما يكون له من الدفوع التى يدفع بها الدعوى لو لم تكن الحوالة

قد يقال إن الشبه بين الحوالة وتجديد الدين يسقط الكفالات أيضا لكن هــذا غير مسلم به لمخالفته قصد العاقدين وما كان المحال ليقبل الحوالة لولا الكفالات التى تكون له فى ضمان حقه

هــذا من جهة ومن جهة ثانية لايخلو الحال من أن تكون الكفالات مقدمة من المدين نفسه وهو لاحق له فى عدم استيفائها إذا لم يشترط سقوطها وقت رضائه بالحوالة وإما أن تكون من غيره وهذا يستوى عنده إن كان الدين مكفولا لزيد أو عمرو إلا إذا اقترن بالحوالة تمديد الأجل أو تغيير شروطها فذلك يكون تجديدا وحينئذ تسرى أحكام التجديد

بالنسبة للمحيل — يضمن المحيل الدين للمحال إلا إذا كانت الحوالة بلا عوض والذى يضمنه المحيل هو وجود الحق المحول وقت التحويل

والضمان قاصر على الثمن والمصاريف . أى ثمن الحوالة الذى دفعه المحال للمحيل فاذا كان الدين ألفا وثمن الحوالة خمسمائة فلا يضمن المحيل أكثر من خمسمائة (مادة ٣٥١)

ولا يضمن المحيل يسار المدين لا فى الحال ولا فى الاستقبال (مادة ٣٥٢) لأن المحال مخير فى القبول وعدمه وعليه أن يتحقق قبل أن يتعاقد

على أن اشتراط رضاء المدين بالحوالة يجعل ضمان وجود الدين قبيل الدعوى إذ الرضا بالحوالة اعتراف بالدين . ويضمن فساد العقد لعدم الأهلية أو للإكراه أو الغش أو الغلط أو السكر إلا إذا كان المحال عرفا بسبب الفسخ ولم يشترط ضمانه على المحيل

ويضمن البطلان لأنه معدم للحق الناشئ عن العقد وأصل التعاقد على وجود الحق شرعا

ويجوز للعاقدين أن يشترطا الضمان فيما لا يثبت فيه بغير اتفاق

٢ — بالنسبة لغير المتعاقدين

لا يحتج بالحوالة على غير المتعاقدين والمدين الذى رضى بها إلا إذا كان تاريخ رضائه ثابتا بوجه رسمى ومن ذلك التاريخ فقط (مادة ٣٤٩)

ومن المعلوم أن ذلك كله خاص بالديون المدنية أما الديون التجارية فيجوز تحويلها بغير رضاء المدين ويحتج بها على الغير من دون أن تكون الإحالة ثابتة التاريخ رسميا (مادة ٣٤٩)

الفرع الثانى — فى بيع المزاعم

هو كما تقدم بيع شخص ما يدعيه حقا له قبل شخص آخر

ويقال للحق مزعوم إذا كان الخصام عليه معلقا أمام القضاء أو إذا صُرح فى عقد البيع أن البائع يتنازل عما يدعيه حقا له قبل المدين وذلك يقتضى الالتجاء للقضاء بالضرورة

وتسرى على بيع المزاعم قواعد الحوالة إلا ما عدل كما يأتى (مادة ٣٤٨) :

(أ) لا يضمن البائع وجود الحق المتنازع فيه ولا نجاح الدعوى (مادة ٣٥٣)

وعلة ذلك واضحة إذ التعاقد ليس واقعا على الحق مباشرة بل على الخصومة وكل خصومة نتيجتها ظنية فقد تنتج وقد لا تنتج

(ب) العادة فى بيع الخصومات أو مالا ينال إلا بالخصومة أن يشترى بثمن بخس لذلك أجاز القانون للمدعى عليه أن يتخلص من الدعوى ومن الحق الذى هو موضوعها بدفع الثمن الحقيقى الذى دفعه المشترى وفوائده والمصاريف (مادة ٣٥٤)

فاذا كانت الخصومة قائمة على حق قيمته ألف جنيه وباعها المدعى بمائة جاز للمدعى عليه أن يدفع هذا المبلغ الأخير للمشترى وكذا المصاريف والفوائد ويتخلص بذلك من الخصومة ومن موضوعها

ولا حق للمشترى فى عدم القبول ولا فى طلب أى تعويض زيادة عما صرف وعن فوائد الثمن كما تقدم

وليلاحظ أن حق الخروج على هذا النحو لايجوز للمحال عليه إلا إذا لم يكن رضى بالبيع أما إذا رضى به فرضاؤه مسقط لحقه لما فيه من قبول الخصام على ماتقرر بين البائع والمشترى برضائه

والخروج من النزاع على الوجه المتقدم ممنوع فى ثلاثة أحوال (مادة ٣٥٥) :

الحالة الأولى — إذا كان البيع حاصلا لأحد الشركاء فى الحق المتنازع فيه سواء كانت الشركة فى تركة أم لا

مثال ذلك : يدعى زيد أنه يدين بكرا فى ألف قرش وفى أثناء الخصومة توفى زيد وحل محله ورثته ثم تنازل أحد الورثة للآخرين أو لأحدهم عن حقه فى الدين مقابل خمسين قرشا ففى هذه الحالة لايجوز لبكر أن يدفع الخمسين قرشا ويحل محل الوارث البائع لأن الخصومة لاتنقضى بذلك فى الحقوق التى للورثة الآخرين

وكذلك الحال بالنسبة لبيع أحد الشركاء فى الدين نصيبه إلى شريكه

الحالة الثانية — إذا كان البيع حاصلا من مدين إلى دائنه وفاء للدين

مثال ذلك : زيد مدين لبكر فى ألف قرش وزيد يخاصم خالدا على ألف وخمسمائة قرش . باع زيد لبكر هذه الدعوى بألف قرش وتخلص بذلك من دينه . فى هذه الحالة ليس لخالد أن يدفع الألف قرش ويفض الخصومة القائمة ضده إذ يحتمل أن لايكون لزيد وسيلة لوفاء دين بكر غير هذه الطريقة فعنده حينئذ سبب شرعى للبيع وكذلك بكر عنده سبب شرعى للشراء لأنه لايجد وسيلة للحصول على دينه إلا الشراء

الحالة الثالثة — إذا كان الغرض من العقد منع حصول دعوى

مثال ذلك : اشترى زيد عقارا مرهونا ليكر فى دين على خالد والمرتهن يباشر التنفيذ ببيع العقار وإبراهيم يخاصم زيدا على الملك ، زيد يشترى الرهن ليدفع التنفيذ ويستبق العقار فى يده . ليس لإبراهيم أن يأخذ صفقة الرهن إذ لا أفضلية له على زيد وهذا حق الأسبقية

الفرع الثالث — فى التخارج

التخارج بيع الوارث نصيبه فى التركة جزافا

ويشترط لصحته وفاة المورث قبله (راجع ص ٢٢٩)

ويشمل البيع ديون التركة التى لها وعليها وما قبض من فوائد أو مصاريف وما دفع من ذلك من يوم وفاة المورث (مادة ٣٥٠)

وبالجملة يحل المشترى محل البائع فى نصيبه من حيث الذمة أعنى يكون دائنا ومدينا دون الحقوق الشخصية

فإن بيع مال من التركة قبل بيع النصيب فلمشتريه نصيبه فى الثمن يأخذه ممن قبضه

وإذا كان للتركة ديون قبل الغير فلا يلزم رضاؤه خلافا للحوالة لأن البيع ليس حاصلا فى الدين بخصوصه بل فى جزاف يشمل الديون وغيرها

ويضمن البائع للمشترى وجود التركة من حيث هى تركة أعنى من غير بيان مشتملاتها ثم كونه وارثا فإن ذكر فى العقد مقدار نصيب البائع ضمن مقداره أيضا

وإذا لم تكن تركة أو إذا لم يثبت أن البائع وارث للتوق لايضمن البائع للمشترى أكثر من الثمن الذى قبضه ثمنا للبيع وكذا الفوائد القانونية والمصاريف وإن كان سيئ النية

تلك قاعدة عامة فى بيع الحقوق لأنه مضاربة لاينظر إليها الشارع بعين الرضاء التام

الباب الثانى
فى المعاوضة

المعاوضة عقد يتعهد فيه كل واحد من العاقدين بتمليك الآخر شيئا على سبيل التبادل (مادة ٣٥٦)

والوعد بالمعاوضة معاوضة كما فى البيع

وشرطها الإيجاب والقبول (مادة ٣٥٧)

وأحكامها كأحكام البيع لأن كل طرف بائع ومشتر فى آن واحد (مادة ٣٦٠)

ولا تختلف المعاوضة عن البيع إلا فى عدم سريان بعض القواعد المقررة فى البيع لأسباب غير موجودة فى المعاوضة أو لأسباب موجودة فيها وغير موجودة فى البيع

فالأحكام الموجودة فى البيع ولا توجد فى المعاوضة هى :

أولا ـ الأحكام المختصة بدفع الثمن لعدم وجود ثمن نقدى فى المعاوضة

ثانيا ـ الأحكام المختصة بدفع الفوائد للسبب عينه

ثالثا ـ الأحكام المتعلقة بتكملة الثمن فى حال الغبن للسبب المذكور أيضا ولأن تقدير قيمة كل من الشيئين نسبية دائما تختلف باختلاف نظر العاقدين

وأما ماتمتاز به المعاوضة فهو مايأتى :

أولا ـ إذا استلم أحد المتعاقدين قبل أن يسلم وظهر أن ماستلمه ليس ملكا للمتعاقد معه جاز له أن يرد ما استلم وأن لا يسلم مالم يكن سلم ولا يجوز إجباره على غير ذلك وليس الأمر موكولا لمجرد إرادة المستلم بل لا بد من إثبات عدم ملكية المتعاقد معه (مادة ٣٥٨)

ثانيا ـ إذا حصل التسليم من الجانبين واستحق أحد الشيئين لأجنبى كان الذى نزع منه العوض مخيرا بين طلب رد ما أخذه من الطرف الثانى وبين طلب تعويضات عما نزع من يده (مادة ٣٥٩)

وفى هذا الحكم تفصيل فإن كان العوض منقولا باقيا فى يد الطرف الثانى فلمن نزع منه عوضه أن يأخذه عينا

أما إذا كان تصرف فيه فلا حق لصاحبه الأصلى إلا فى التعويضات لأن الشئ إما أن يكون قد انعدم فيتعذر أخذه وإما أن يكون باقيا فى يد من انتقل اليه وهو يعتبر مالكه طبقا لقاعدة (الحيازة سند الملكية)

وإن كان ذلك الشئ عقارا جاز استرداده من يد من هو عنده إلا إذا مضى على تلك اليد خمس سنين من تاريخ عقد المعاوضة فإن صاحبها يصير مالكا بمضى المدة إن كان حسن النية وهو فى الغالب كذلك

الباب الثالث
فى الصلح

الصلح عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا بينهما بترك كل منهما جزأ من حقه للآخر سواء كان هناك خصومة أمام القضاء أم لا (مادة ٥٣٢)

ومن هذا التعريف تعلم أركان هذا العقد وهى :

١ ـ أن يكون بين المتعاقدين نزاع فى حق ما

٢ ـ أن يتنازل كل واحد عن جزء من مدعاه

فأما النزاع فلا يمكن حصره وإنما يجب أن يكون جديا فى مذهب المتعاقدين وإن لم يكن هناك فى الحقيقة محل للتنازع

حتى إذا كان هناك خصومة وانتهت بحكم قطعى جاز الصلح على ما حكم به لأن إرادة بقاء الشحناء كافية فى أن يكون الصلح جائزا

وأما تنازل كل واحد عن جزء من حقه فهو ظاهر ويكفى أن يعترف أحد الطرفين بالحق ويتعهد بالوفاء به وأن يتنازل الطرف الثانى عن الخصومة التى أقامها أو يمتنع عن إقامتها

فإذا ادّعى زيد دينا حالًا قبل بكر وهذا ينكر حلول الأجل وادّعى بكر وديعة عند زيد وهذا ينكرها ثم اتفق الطرفان فاصطلحا على أن بكرا يدفع الدين من فوره وعلى أن زيدا يردّ الوديعة متى طلبها بكر جاز الصلح وليس هناك ترك جزء من أى الحقين وقد يقع الصلح على أن زيدا يردّ الوديعة وأنه ليس له دين على بكر

غير أن العادة حصول الترك من الجانبين وقد يتحقق ذلك بترك التمسك بالتقاضى كما تقدم ولذلك جعله القانون شرطا فى التعريف كما هو نص المادة

الفصل الأول
فيما يجوز الصلح فيه

الصلح جائز فى جميع الحقوق التى للناس أن يتصرفوا فيها أما التى هى خارجة عن مقدورهم بمقتضى القانون فليس لهم الصلح فيها

ولا يجوز الصلح على المسائل المتعلقة بالنسب ولا بالنظام العام كالجنح والجنايات

ولكن يجوز الصلح فى الحقوق المالية المتولدة عن النسب أو عن النظام العام (مادة ٥٣٣)

مثال ذلك : زيد هو الوارث لبكر وخالد ينازعه فى نسبه لايجوز للطرفين أن يصطلحا على أنّ زيدا ليس وارثا ولكن يجوز لهما أن يصطلحا على أن زيدا يأخذ فى التركة عشرين قيراطا بدلا من أربعة وعشرين

ومثال النظام العام : سرق زيد متاع بكر بإكراه نشأ عنه جرح بكر ، لايجوز لهما أن يصطلحا على ترك الجناية ولكن يجوز صلحهما على قيمة التعويض اللازم لبكر

ويستثنى من المسائل المتعلقة بالنظام العام المخالفات فإنه يجوز الصلح فيها مع النيابة العمومية أوضباط البوليس القائمين مقامها إلا ما استثنى من ذلك (مادة ٤٦ تحقيق الجنايات) وهو :

١ ــ المخالفات التى يعاقب عليها القانون بغير الغرامة

٢ ــ المخالفات المنصوص عليها فى اللوائح المتعلقة بالمحال العمومية

٣ ــ إذا كان من وقعت منه المخالفة قد حكم عليه فى مخالفة أخرى منذ ثلاثة أشهر فأقل

٤ ــ إذا كان اصطلح على مخالفة أخرى منذ ثلاثة أشهر فأقل

الفصل الثانى

فيما يترتب على الصلح

يترتب على الصلح فض النزاع الذى جاء الصلح لإزالته فإن كان خصومة بطلت وإن كان عزما على خصومة سقط الحق فى إقامتها

ويقوم صك الصلح مقام كل عقد وكل سند أوحكم خاص بالحقوق التى حصل الصلح فيها

ولا يجوز تأويل ترك الحقوق الحاصل فى الصلح إلا بحسب الألفاظ التى استعملها المتعاقدان وإذا كانت هذه الألفاظ تحتمل التأويل الكثير وجب قصر معناها على مايختص بالحقوق المتعلقة بالمادّة الواقع فيها الصلح (مادة ٥٣٤)

وتبقى التأمينات التى كانت لأحد الطرفين قبل الآخر ضامنةً لنفاذ الصلح وتبقى أيضا جميع أوجه الدفع التى كان يجوز للكفيل الاحتجاج بها فى بطلان الدين الأصلى لأنه ممتنع من ذلك والصلح لايؤثر فى حقوقه (مادّة ٥٣٧)

والصلح قاصر على المتعاقدين فلا يحتج به على غيرهما ولو كان هذا الغير شريكا لأحد الطرفين فى الحق الذى حصل الصلح فيه

وكذلك لايجوز للأجنبى و إن كان شريكا أن يحتج به على من عقده (مادة ٥٣٨)

الفصل الثالث

فيما يبطل الصلح

يبطل الصلح بالتدليس أو بالغلط المحسوس

و يشترط أن يكون الغلط المحسوس حاصلا فى شخص المتعاقد أو فى الشئ المتعاقد عليه أو أن يكون الصلح مسببا عن وجود أوراق اتضح أنها مزورة بعد ذلك (مادة ٥٣٥)

ولا يبطل الصلح بالغلط فى أرقام الحساب وإنما يجب تصحيحها (مادة ٥٣٦)

ثم الصلح عقد لا يقبل القسمة فاذا كان على حقوق متعددة و بطل فى أحدها بطل فى البقية ولا يجوز لأحد الطرفين أن يأخذ بجزء منه و يترك جزءا آخر

مبحث — فى الصلح الصورى

يجوز أن يكون الصلح صوريا وأن يكون الغرض منه عقدا آخر أراد الطرفان إخفاءه تحت اسم الصلح كما لو كانت حقيقة العقد هبة أو بيعا وتظاهر الطرفان بالخصام ثم اصطلحا

وفى هذه الحالة لاتسرى الأحكام الخاصة بالصلح بل يجب اتباع أحكام العقد المستتر باستتاره (مادة ٥٣٩)

الباب الرابع
فى الإجارة

عقد الإجارة من أهم العقود المتداولة ولا سيما فى مصر فهو أكثر تداولا فيها من غيره وموضوعه هام يتعلق بثروة البلاد العامة وزادت أهميته فى هذه السنين الأخيرة حيث أخذ أصحاب الأراضى الواسعة يؤجرونها ويهجرون بلادهم ليسكنوا المدن والأمصار

وقد اهتم القانون به وتوسع فى تقرير أحكامه ومن الواجب أن يكون عقد الإجارة موضوع عناية خاصة من الكافة والمشتغلين بالقانون على السواء

يتم عقد الإجارة بإيجاب وقبول كغيره من العقود ولكنه لايثبت إلا بطريق مخصوص كما سيجىء حتى بين المتعاقدين

وأركانه : مؤجر ومستأجر ومأجور وأجرة ومدة

والإجارة نوعان (مادة ٣٦١) :

الأولى ــ إجارة الأشياء

الثانية ــ إجارة الأعمال

وهذه أيضا نوعان : إجارة أشخاص واستصناع

الفصل الأول
فى إجارة الأشياء

إجارة الأشياء عقد يلتزم به أحد الطرفين انتفاع الطرف الثانى بمنافع شئ ومرافقه مدة معينة ويلتزم به الطرف الثانى للأول بعوض معين مقابل ذلك التمتع (مادة ٣٦٢)

فالطرف الأول يسمى مؤجرا

والطرف الثانى يسمى مستأجرا

وعوض الانتفاع يسمى الأجرة

الفرع الأول ــ فى شروط الإجارة

المبحث الأول ــ فى العاقدين

تختلف الشروط باختلاف العاقدين لأن العقد من جهة المؤجر يعتبر من الأعمال الجارية المتعلقة بإدارة الأموال وأما من جهة المستأجر فهو من قبيل التصرفات التى تقتضى أهلية تامة

لذلك لايجوز لأحد أن يستأجر إلا إذا كان متصفا بأهلية الأداء (راجع ص ١٢٦ و ١٢٨) وأن يكون الاستئجار لمنفعته هو أو لمنفعة موكله فى ذلك

وليس لجميع الوكلاء أن يستأجروا لموكليهم فالأولياء والأوصياء والقوام ووكلاء الغائبين ممنوعون من الاستئجار إلا دارا يسكنها المحجور أو دابة يركبها أو خادما يخدمه . أما الإجارة للضاربة فهى مخاطرة هم ممنوعون منها

ويجوز أن يكون الاستئجار حتما عليهم إذا اقتضته ضرورة إدارة أملاك المحجور كاستئجار قناة للرى أو آلة رافعة أو قطعة أرض لإجراء أعمال فيها ضرورية للإدارة

ويجب أن لايزيدوا فى ذلك عن الضرورة الملجئة

وهنالك سبب آخر وهو أن الاستئجار استثمار لنقود المحجور ولا يجوز ذلك إلا بترخيص من المجلس الحسبى وقلما يأذن به بل لم يتصل بعلمنا أنه وقع

وأما المؤجر فتشترط فيه الأهلية إلا أن عمله ليس من قبيل التصرفات التى يلزم فيها لغير المالك إذن مخصوص بل الوكالة العامة تكفى فيه . والأشخاص الذين لهم هذه الصفة هم :

١ ـ مالك الشئ المؤجر ملكا تاما أى أنه يملك الرقبة ويملك الانتفاع أما مالك الرقبة دون الانتفاع فليس له حق التأجير لاستحالة تعهده بانتفاع المستأجر بالشئ المؤجر

٢ ـ صاحب حق الانتفاع بالشئ المؤجر

٣ ـ المستأجر إذا لم يكن ممنوعا من التأجير لغيره بنص صريح فى عقد الإجارة

٤ ـ الشريك الذى له إدارة الشركة دون باقى الشركاء

٥ ـ الوكلاء سواء كانت وكالتهم اختيارية أو قضائية أو قانونية (راجع وكالة)

المبحث الثانى ـ فيما يجوز تأجيره

كل شئ ثابت أو منقول يجوز بيعه يجوز تأجيره

ومع ذلك يجوز تأجير أملاك المنافع العمومية فى أحوال مخصوصة ما دام التأجير لا يخالف المنفعة العمومية المقصودة منها

المبحث الثالث ـ فى الأجرة

الأجرة هى عوض الانتفاع الذى يدفعه المستأجر للمؤجر . وتكون مذكورة فى العقد عادة . والنادر عدم ذكرها

وليس فى القانون نص على مساواة الأجرة لما يساو به الشئ المؤجر فى الواقع بل الأمر متروك إلى اتفاق العاقدين . ومهما كانت الأجرة قليلة فذلك لايؤثر فى صحة العقد حتى إذا كان الإيجار صادرا من الولىّ أو الوصىّ أو ناظر الوقف

المبحث الرابع — فى مدّة الإجارة

الأصل أن المتعاقدين أحرار فى تقدير مدة الإجارة فلهم أن يتفقوا على أن تكون مائة سنة أو أكثر من ذلك

إلا أنه يجب على كل حال تحديد مدّة

ويستثنى من القاعدة المذكورة حالتان :

الحالة الأولى : إذا كانت الإجارة حاصلة من صاحب حق الانتفاع من دون رضا مالك الرقبة فلا تزيد مدتها عن مدة حق الانتفاع (مادة ٣٦٤) لأن انقضاء حق الانتفاع يوجب رجوع العين إلى مالكها خالية من كل حق ترتب عليها بفعل المنتفع

مثال ذلك : لزيد حق الانتفاع بفدان مملوك لبكر مدّة عشر سنين أو مدّة حياة بكر . أجر زيد هذا الفدان لخالد مدّة خمس عشرة سنة أو مدة انتفاعه . ففى الحالة الأولى تنقص المدة إلى عشر لتكون مساوية لمدة الانتفاع . وفى الحالة الثانية إذا توفى زيد ولو بعد سنة واحدة من تاريخ التأجير تكون مدّة الإجارة سنة واحدة و إذا توفى بعد عشرين سنة فالمدة عشرون سنة وهذا كله إذا حصل التأجير بدون رضا مالك الرقبة سواء كان يعلم بالتأجير وأبى الموافقة عليه أو لم يطلب أحد رضاه أصلا

الحالة الثانية : إذا كان الشئ المؤجر مملوكا لقاصر لايجوز أن تكون مدة الإجارة أكثر من ثلاث سنين سواء كان ذلك الشئ عقارا او منقولا . وعلة ذلك خوف التلف على أموال القصر لأن المستأجر قلما يعتنى بالشئ المؤجر عنايته بمال نفسه فاذا كانت المدة طويلة كان الخوف أكبر

ومع ذلك يجوز أن تكون المدة أكثر من ثلاث سنين إذا صدّق المجلس الحسبى على ذلك (مادة ٣٦٤) [1]

(١) أمر المجلس الحسبى غير وارد فى النص وسببه أن لائحة المجالس الحسبية متأخرة عن القانون والمجلس الحسبى هو الآن المحكمة التى من خصائصها الحكم فى مسائل الأوصياء كما ورد فى المادة (٥) من اللائحة الصادرة فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦

وهناك حالة ثالثة لم يذكرها القانون وهى إجارة الوقف لايجوز أن تكون مدتها أكثر من ثلاث سنين عملا بنص الشرع

الفرع الثـانى ــ فى إثبـات الإجارة

إثبات عقد الإجارة تابع للقواعد العامة إلا فيما يتعلق بشهادة الشهود

وقد شـدد القانون فى إثبات هذا العقد بخصوصه حتى كاد يجعله من العقود الرسمية لما له من الأهمية الكبرى كما تقدم

وإثبات عقد الإيجار يشمل إثبات التعاقد وإثبات الأجرة ومدة الإيجار

المبحث الأول ــ فى إثبات عقد الإجارة

لايجوز إثبات عقد الإجارة إلا بالكتابة حتى لو كانت الأجرة أقل من ألف قرش فى المدة كلها (مادة ٣٦٣) والسبب فى ذلك ما يقتضيـه الإثبـات بشهادة الشهود من التعقيد فى استغلال الشئ موضوع النزاع ومن ضياع الزمن ومن المصاريف على تفاهة الأجرة

ولكن يجوز إثبـاته بنكول المؤجر عن اليميـن إذا طلبها مدعى الاستئجار أو بنكول المستأجر إذا طلبها مدعى التأجير (مادة ٣٦٣)

هذا إذا كان العقد لم ينفذ بوضع يد المستأجر على العين المؤجرة

وأما إذا حصل البدء فى التنفيذ بأن كان المستأجر استلم الشئ المؤجر جاز الإثبات بالشهود

وما تقدم كله مبنى على أن الإجارة انعقدت بين الطرفين من دون صك كتابى فإذا كان هناك صك وانعدم بحادث قهرى جاز إثبـات ذلك بشهادة الشهود طبقا للقواعد العامة فتثبت الإجارة بالضرورة

وإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ينظر (مادة ٣٦٥) :

من وضع يده على العقار أولا فهو المقدم إذا لم تكن العقود مسجلة فإن كانت مسجلة ولم يضع أحد يده على العقار فالعبرة بأسـبقية التسجيل فإذا سجل بعضهم دون الباقين فالعبرة لأسبقية وضع اليد أو لأسـبقية التسجيل أعنى أن وضع اليد يقدم على التسجيل إن سبقه فإن كان التسجيل هو السابق على وضع اليد فصاحبه مقدم

وكذا يقدم صاحب التسجيل على المسـتأجر واضع اليد بالنسبة للإجارة الجديدة إذا حصل التسجيل قبل انقضاء مدة الإجارة الأولى

المبحث الثانى — فى إثبات الأجرة

المراد بإثبات الأجرة إثبات قيمتها وأما إثبات التخلص منها فخاضع للقواعد العامة

ويثبت مقدار الأجرة بالمخالصات التى تكون القيمة مذكورة فيها

وإذا لم توجد مخالصات يستدل منهـا على مقدار الأجرة يكون تقديرها بمعرفة خبير (مادة ٣٦٣)

ولا يكون إثبات الأجرة إلا بعد ثبوت العقد

المبحث الثالث — فى إثبات المدة

تثبت مدة الإجارة بسندها فإن لم يكن سند وثبت العقد كان إثبات مدته كما يأتى :

إذا كان العقد ثابتا والأجرة مقدرة ومواعيد دفعها كذلك قررت المدة بحسب تلك المواعيد (مادة ٣٨٣)

مثال ذلك : أجر زيد لبكر داره على أن المستأجر يدفع الأجرة فى كل ستة أشهر فمدة الإجارة ستة أشهر

فإذا كان المذكور فى العقد دفع الأجرة على قسطين أو ثلاثة بأن ذكر أن النصف يدفع فى ميعاد كذا والنصف الثانى فى ميعاد كذا كانت مدة الإجارة مجموع مدتى دفع القسطين معا

ومع ذلك يجب مراعاة إمكان الانتفاع من الشئ المؤجر انتفاعا تاما بحسب طبيعته وعرف الناس أى العادة الجارية

مثلا : جرى العرف على أن إجارة الأراضى الزراعية تكون لسـنة على الأقل فلا يجوز أن يقضى بأن المدة أقل من سنة وإن ذكر فى العقد أن الأجرة تدفع فى ستة أشهر لما يترتب على ذلك من حرمان المستأجر من الانتفاع كما ينبغى

والتعبير بسنة أو سنوات فى إجارة الأراضى الزراعية معناه المدة اللازمة لحاصلات سنة أو عدة سنوات (مادة ٣٨٤)

ويجوز أن يكون عرف البلد قاضيا بغير ما ذكر

مثال ذلك : إجارة أراضى الحياض فى الوجه القبلى

عرف تلك الجهات وطبيعة المكان يقضيان بأن الزراعة هناك مرة واحدة هى الزراعة الشتوية التى تبتدئ من أغسطس أو سبتمبر وتنتهى فى شهر مايو أو يونيه التالى وفى مثل تلك الجهات تكون المدة لغاية انتهاء زراعة الشتوى

وقد يجوز أيضاً أن تكون المدة أقل من سنة حتى فى الأراضى التى تزرع مرتين إذا كان ظاهراً من العقد أن الإجارة معقودة لزرعة واحدة بأن ذكر أنها لزراعة الشتوى أو لزراعة الصيفى

الفصل الثانى

فيما يترتب على الإجارة

الفرع الأول ـ فى تعهدات المؤجر

ترجع تعهدات المؤجر كلها إلى انتفاع المستأجر بالشئ المؤجر طول المدة المتفق عليها ويتفرع على هذا التعهدات الآتية :

١ ـ تسليم الشئ المؤجر إلى المستأجر مع جميع لوازمه وتوابعه بالحالة التى كان عليها وقت التعاقد

وقد يعرض للشئ تلف بعد التسليم ولا يخلو الحال إما أن يكون التلف جسيما يجعل الشئ غير صالح للانتفاع به أو يسيرا لا يؤدى إلى ذلك

وهذا التلف بنوعيه إما أن يكون بفعل المؤجر أو بفعل غيره أو بقوة قاهرة ، فإن كان التلف جسيما وبفعل المؤجر فللمستأجر فسخ العقد مع التعويض وليس له أن يطلب إعادة الشئ كما كان ، وإن كان يسيرا وبفعل المؤجر أيضا فللمستأجر الحق فى تنقيص الأجرة وإذا خسر من جراء ذلك فله حق التعويض

ومع ذلك يجوز للمؤجر أن يتكفل بإصلاح التلف وإعادة الشئ المؤجر إلى أصله وحينئذ ترجع الأجرة إلى أصلها من يوم أن يتم الإصلاح المذكور

وإن كان التلف بقسميه مسببا عن قوة قاهرة فالحكم واحد إلا بالنسبة للتعويض قبل المؤجر فانه لاحق للمستأجر فى طلبه (مادة ٣٧٠)

ويكون تسليم الشئ المؤجر بالحالة التى هو عليها فى الوقت المعين لابتداء الانتفاع

فاذا حصل به تلف قبل التسليم بفعل المؤجر أو من يقوم مقامه جاز للمستأجر أن يطلب إعادة الشئ إلى أصله أو فسخ الإجارة

ويجوز له طلب تعويض (مادة ٣٦٩) وكذا إن كان التلف حاصلا بفعل أجنبى أو بقوة قاهرة

٢ ـ أن يعمل الإصلاحات المستعجلة الضرورية لحفظ الشئ المؤجر أثناء مدة الإجارة لأنه إن لم يقم بهذا الواجب وترك الشئ يتلف أو يهلك كان مقصرا وكل مقصر مسؤول عن نتائج تقصيره

٣ ـ أن يمتنع عن كل عمل فى الشئ المؤجر يقتضى حرمان المستأجر من الانتفاع التام (مادة ٣٧٣)

فلا يجوز للمؤجر أن يبنى فوق المكان المؤجر مدة الإجارة ولا أن يسد الهواء أو النور ولا أن يغير معالم الشئ المؤجر ولا أن يزاحم المستأجر باتخاذ محل مجاور للمحل المؤجر للغرض بعينه

مثال ذلك : أجر زيد لبكر دارا ليجعلها مخزنا لخزن القطن بالأجرة لا يجوز لزيد أن يتخذ بجوار تلك الدار مخزنا لخزن القطن بالأجرة لأن فعله هذا يضر بالمستأجر ويحرمه من الانتفاع التام بالشئ المؤجر طبقا للغرض الذى عقدت لأجله الإجارة

ولكن للمؤجر كما تقدم أن يجرى المرمات المستعجلة الضرورية اللازمة لصيانة الشئ المؤجر مثل تكبيس الجدار وتقوية الأسقف وصرف المياه الفاسدة من الأرض وهكذا وعليه فى هذه الحالة إخطار المستأجر بوقت الشروع فى العمل

وهذا كله بدون تعويض للمستأجر إلا إذا ترتب على إجراء المرمات عدم إمكان الانتفاع بالشئ المؤجر حال الإجراء فيجوز حينئذ للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو تنقيص الأجرة مدة إجراء الترميمات (مادة ٣٧١)

لكن إذا استمر المستأجر ساكنا فى المكان إلى تمام الترميم لا يجوز له طلب الفسخ (مادة ٣٧٢)

٤ ـ منع التشويش الحاصل من الغير للمستأجر إذا كان مستندا إلى سبب قانونى أعنى أن المتعرض يدعى أن له وجها قانونيا فى تعرضه كما لو زعم أنه مستأجر من غير المؤجر أو له حق ارتفاق أو انتفاع وغير ذلك

ففى هذه الحالة يجوز للمستأجر أن يطلب تنقيص الأجرة إن كان التشويش يسيرا أو فسخ العقد إن كان جسيما

وتعتبر جسامة التشويش بحسب مقدار حرمان المستأجر من الانتفاع

وأما إذا كان التشويش غير مستند إلى ادعاء حق على الشئ المؤجر فلا يضمن المؤجر شيئا إلا إذا ترتب على التشويش إزالة إحدى المنافع الأصلية التى لا يتم الانتفاع بغيرها

والمستأجر فى هذه الحالة بالخيار فاما أن يطلب تنقيص الأجرة وإما أن يطلب فسخ العقد (مادة ٣٧٤)

مثال ذلك : استأجر زيد من بكر مرعى بجاء خالد وأطلق ماشيته فيها ولم يدع حقاً فى ذلك ليس للمستأجر فى هذه الحالة مطالبة المؤجر بشئ

فاذا أطلق إبخار مياهه الفاسدة على المرعى فأتلفها أو ردم القناة التى كانت توصل اليها مياه الرى مثلا جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد

ويجب على المستأجر أن يخبر المؤجر بحصول التعرض فى إبتدائه وإلا سقط حقه فى الضمان (مادة ٣٧٥)

٥ ـ يضمن المؤجر الضرر الناتج للمستأجر من عيب الشئ المؤجر وهذا الضمان يكون عادة فى إيجار المبانى والحيوانات كأن كانت الأسقف غير متينة لاتحتمل ما يوضع من الأثاث المعتاد وضعه فى منازل السكنى أو من البضائع فى محلات التجارة . وكأن كان الثور مريضا مرضا غير ظاهر يمنع من الانتفاع به فى الحرث أو الجز الذى استؤجر لأجله

وللمستأجر أن يطلب تنقيص الأجرة أو فسخ العقد على حسب الأحوال ولا محل للضمان إلا إذا كان المؤجر عالما بالسبب سواء كان ذلك وقت التعاقد أو فى أثناء الانتفاع

٦ ـ يضمن المؤجر ما يلحق المستأجر أو عائلته أو أمتعته من الضرر الناتج عن أى عمل من الأعمال التى يسأل عنها المؤجر مما تقدم ذكره

مثلا : إذا وقع السقف بجرح المستأجر أو أتلف الأثاث

وهذا الواجب والذى قبله مما تقضى به قواعد الضمان العمومية

الفرع الثانى ـ فى تعهدات المستأجر

تعهدات المستأجر هى :

١ ـ أن يستعمل الشئ الذى استأجره فيما هو معد له فان كان استأجر دارا للسكنى لايجوز له أن يستعملها قهوة وإن كان استأجر فدانا للزراعة لايجوز له أن يستعمله فى صنع الآجر أى ضرب الطوب (مادتى ٣٧٦ و ٣٧٧) ويجوز طلب الفسخ

٢ ـ عليه أن يعتنى بالشئ الذى استأجره كاعتنائه بملكه فإذا أهمل ونشأ عن إهماله ضرر للشئ المؤجر فعليه الضمان وللمالك حق طلب الفسخ أيضا على حسب الأحوال (مادة ٣٧٦)

٣ ـ أن لا يحدث فيه تغييراً بدون إذن المالك فاذا فعل ذلك ضمن إعادة الشئ إلى أصله

والمستأجر مسؤول عن فعله وفعل من تلزمه تبعتهم بحسب القانون كأولاده و زوجه وخدمه وعماله (مادة ٣٧٨)

ومع ذلك إذا لم ينشأ من التغيير ضرر للمالك فلا ضمان على المستأجر (مادة ٣٧٦)

مثلا : إذا فتح المستأجر بابا وسد بابا آخر فان صاحب الدار بذلك فلا ضمان و إن تعطلت بعض منافعها الأصلية فالضمان واجب و يجوز طلب الفسخ

٤ ـ عليه أن يدفع الأجرة فى مواعيدها (مادة ٣٧٩) فاذا لم يكن فى العقد بيان مواعيد الدفع كان دفعها واجبا عند انتهاء كل دو ر من أدوار الإجارة فى أوائل كل شهر جديد أو كل ثلاثة أشهر أو ستة أو سنة بحسب مدة العقد (مادة ٣٨٠)

و يكون دفع الأجرة للمؤجر أو نائبه فى محله

٥ ـ على مستأجر المنزل أو المخزن أو الحانوت أو الأرض الزراعية أن يضع فيما استأجره أمتعة منزلية أو يضع حاصلات أو آلات تفى قيمتها بتأمين الأجرة مدة أقلها سنتان إن كان العقد لزمن أطول من ذلك ومدة العقد إن كانت سنتين فأقل (مادة ٣٨١)

٦ ـ على المستأجر أن يرد الشئ المؤجر لمن استأجره منه عند انقضاء مدة الإجارة بالحالة التى يكون عليها بغير تلف حاصل من فعله أو من فعل مستخدميه أو من فعل من كان ساكنا معه أو من فعل المستأجر منه (مادة ٣٧٨)

فاذا لم يرد الشئ لصاحبه فى الميعاد المقرر فالمؤجر إخراجه وعليه الضمان إن حصل من التأخير ضرر للمؤجر

هذه هى التعهدات التى تترتب على الإجارة

وليلاحظ أن للعاقدين الحق فى تغييرها أو تعديلها على حسب مايوافق مصلحتهما

وهناك بعض حقوق لكل من المؤجر والمستأجر قبل الآخر ومحلها فى الأحوال الآتية وقد مر شئ منها عرضا فى بيان التعهدات

مبحث ـ فى هلاك الشئ المؤجر

يهلك الشئ المؤجر بفعل المؤجر أو بفعل الأجنبى أو بفعل المستأجر أو بقوة قاهرة وقد تقدم بيان أحكام كل حالة من هذه الأحوال

إلا أن الهلاك بالقوة القاهرة يدعو إلى بحث خاص لأن القوة القاهرة قد لاتكون محققة بذاتها كما فى حالة الحريق إذ العادة أن الحريق يكون من فعل الإنسان أو تقصيره

ولما كان القانون لم ينص على هذه الحالة فقد جرى القضاء على اعتبارها خاضعة لقواعد الضمان العامة وأنه إذا ادعى المؤجر أن الحريق حصل بفعل المستأجر فعليه البرهان

فإذا ثبت التقصير وجب التعويض عن جميع المضار الناتجة من الحريق وتعويض قيمة الأجرة مدة إعادة الشيء إلى أصله

وإذا كان فى البيت أكثر من مستأجر واحد فكلهم ضمان بالتضامن وقد يكون المؤجر ساكنا فى المنزل المحترق

فإن بدأ الحريق من مسكن المستأجرين فهم الضمان إن ثبت خطؤهم

وإن بدأ الحريق من مسكن المؤجر فهو المسؤول عما يصيب المستأجرين من الضرر إن ثبت خطؤه

الفصل الثالث

فى تأجير المستأجر لغيره

هو عقد يتم بين مستأجر الشيء وبين أجنبي على أن هذا الأخير ينتفع بالشيء كله أو بعضه مقابل أجر يدفعه

وعليه فالمستأجر الأول يصير مؤجرا والأجنبي يصير مستأجرا إلا أن ذلك لايترتب عليه تغيير ما فى الرابطة بين المؤجر الأصلي والمستأجر الأول ولكنه يوجد رابطة بين المؤجر الأصلي المذكور وبين المستأجر الثانى

وقد يختلط التأجير الثانى بالحوالة إذا اتحدت الإجارة الثانية مع الأولى فى الشروط كلها بما فيها المدة والأجرة وفى هذه الحالة ينظر إلى غرض المتعاقدين بحسب أحوال الدعوى

والعادة أنه إذا كان الطرفان أرادا حوالة فإنهما يقدران الأجرة فى المدة كلها بمبلغ واحد وإن أرادا إجارة قدرت الأجرة بالآجال

وعلة وجوب التفرقة بين الحوالة والإجارة أن لكل أحكاما خاصة تجب مراعاتها عند التنازع

من ذلك أن الإثبات بالشهود جائز فى الحوالة إذا لم تزد قيمتها على ألف قرش وممنوع فى الإجارة

ومنه أنه ليس للمحيل امتياز على غيره من الدائنين وللمستأجر حق الامتياز على غيره بالنسبة لمن استأجر منه

ومنه أنه ليس للمحال عليه أن يحتج بما يكون في العقد الأصلي من مخالفة قواعد الإجارة العامة وهذا الحق ثابت للمستأجر الثاني

وللمستأجر الحق أصلا في أن يؤجر لغيره كما يشاء إلا إذا مُنع من ذلك بنص مخصوص في العقد (مادة ٣٦٦)

ومنع المستأجر من التأجير لغيره يشمل منعه من التحويل كما أن منعه من التحويل يشمل منعه من التأجير فإذا خالف المستأجر فللمؤجر فسخ العقد (مادة ٣٦٧)

ولا يجوز للحاكم أن تحكم بغير ما تعاقد عليه الطرفان كما في هذا الموضوع إلا في حالة واحدة وهي حالة ما إذا كان في المكان المؤجر جدك ودعت الحالة لبيعه وكان مشترى الجدك هو المستأجر الثانى (مادة ٣٦٧)

وصورة المسألة كما يأتى :

لزيد حانوت وفى الحانوت جدك مملوك لبكر ، زيد أجر الحانوت لخالد ومنعه من التأجير لغيره ورغما من هذا المنع أجر خالد الحانوت لإبراهيم ثم اضطر بكر لبيع الجدك فاشتراه ابراهيم وهو المستأجر الثانى ، فى هذه الحالة يجوز للحاكم أن تقضى ببقاء الإجارة المعقودة من خالد لإبراهيم حرصا على منفعة التجارة على شرط أن لايكون فى ذلك ضرر حقيقى للمالك أى لمالك الحانوت وأن يقدم إبراهيم تأمينات كافية للمالك المذكور

ما يترتب على الإجارة الثانية

أولا — بين المالك والمستأجر الأول :

لاتتغير الحال بين المالك و بين المستأجر منه بعد التأجير من هذا الأخير لغيره طبقا للقاعدة التي لا تبيح لأحد أن يتخلص من تعهده بدون إرادة المتعهد له فتبقى حينئذ جميع تعهدات المستأجر الأول كما لو لم يحصل التأجير منه لأحد

فإذا رضى المالك بالإجارة الثانية فقد أجازها وبذلك تسقط تعهدات المستأجر منه ويثبت الرضا ضمنا كما يثبت لو صرح به كتابة

والرضا الضمنى يثبت إذا قبض المالك الأجرة من المستأجر الثانى مباشرة من دون أن يشترط حفظ حقه قبل المستأجر منه

وما ذكر فى حق الإجارة الثانية ينطبق على الحوالة . (مادة ٣٦٨)

والسبب فى هـــذا أن رضا المالك صراحة أو ضمنا بالإجارة الثانية أو بالحوالة يعتبر تجديدا للالتزام بتغيير المدين كما تقدم بيانه (راجع ص ١٩٦)

ثانيا ــ بين المالك والمستأجر الثانى :

الأصل أنه لا ارتباط بين المـالك والمستأجر الثانى لأن كل واحد منهما أجنبى عن الآخر فلا حق لأحدهما قبل الثانى . إلا أن للمالك حق الامتياز على أمتعة المستأجر الثانى أو بضائعه أو حاصلاته أو مهماته الموجودة فى المحل المؤجر لأنها ضامنة للأجرة مباشرة

هذا فى حالة الإجارة الثانية أما فى حالة الحوالة فإن المستأجر الثانى يحل أمام المالك محل المستأجر الأول كما تقدم

مبحث ــــ فى أحكام خاصة بإجارة الأراضى الزراعية

١ ــ إذا هلكت الزراعة كلها أو بعضها بحـادثة قهرية فليس للمستأجر أن يتخلص من دفع الأجرة كلها أو بعضها وذلك لأن الزرع ملك للمستأجر وهلاك الملك على صاحبه (مادة ٣٩٢)

٢ ــ وإذا منعت الحادثة القهرية المستأجر من تهيئة الأرض للزراعة كلها أو أكثرها أو كانت الأرض مهيأة ومنعت الحادثة المــذكورة من بذرها كلها أو أكثرها أو كانت البـــذور وضعت فى الارض وأتلفتها تلك الحـادثة كلها أو أكثرها كانت الأجرة غير مستحقة أو وجب تنقيصها (مادة ٣٩٣)

والمسألة ترجع إلى نظر القاضى فى بيان الأكثر

٣ ــ يجب على المســتأجر الذى قرب انتهاء مدة إجارته أن يمكن المســتأجر الجديد من تهيئة الارض للزراعة مالم يحصل له ضرر من ذلك (مادة ٣٨٧)

٤ ــ إذا غرس المستأجر فى الأرض أشجارا فليس له قلعها

فإذا كانت شجيرات معدة للنقل فله أخذها وعلى المالك أن يمهله إلى الوقت المناسب لنقل مثلها (مادة ٣٩٥)

٥ ــ لمالك الأرض استبقاء الأشجار التى غرسها المستأجر وفى هذه الحالة يدفع قيمتها باتفاقه مع المستأجر أو بقول خبير إن اختلفا (مادة ٣٩٤)

وله أن يكلف المستأجر قلعها والمستأجر ملزم بذلك بمصـاريف من طرفه وتكون الأشجار حينئذ له من دون تعويض على المـالك (مادة ٣٩٤)

٦ ــ يجب على المستأجر أن يحفظ الأرض من تعدى الغير عليها وأن يخبر المالك بكل اغتصاب فى حينه لأن من واجبات المستأجر أن يعتنى بالشئ المؤجر كاعتنائه بملكه والمعتنى بملكه لا يترك الغير يتعدى عليه (مادة ٣٧٦)

مبحث ــ فى المزارعة

المزارعة عقد يعطى به المالك أرضه المعدّة للزراعة أو المشغولة بالأشجار إلى آخر ليزرعها أو يستثمرها ويلتزم هذا بأداء نصيب معين من محصولاتها إلى المؤجر (مادة ٣٩٦) ومعنى النصيب المعين جزء من أربعة وعشرين أعنى الخمس أو الربع أو الثلث وهكذا

ولا تختلف المزارعة فى أحكامها عن إجارة الأراضى الزراعية إلا فيما يأتى :

١ ــ إذا كانت المدّة غير مبينة فى العقد تعتبر الإجارة معقودة لأجل حاصلات سنة واحدة (مادة ٣٩٧) أعنى أنه يعتبر فى ذلك تمام الدورة الزراعية سواء نقصت السنة المذكورة شهرا أو زادت مثل ذلك والعادة أنها لا تزيد

٢ ــ يفصّل فى عقد المزارعة ما يكون موجودا فى الأرض وقت التعاقد من الآلات الزراعية والماشية المملوكة للمؤجر لأنها تدخل فى الإجارة (مادة ٣٩٨)

٣ ــ يجب على المستأجر :

(ا) ــ أن يحفظ المبانى الموجودة بالأرض وكذا المأوى كالزرائب والعشش غير الوقتية

(ب) ــ وأن يبذل جهده فى خدمة الأرض

(ج) ــ وأن يعوض الآلات التى بليت من الاستعمال

(د) ــ وأن يعوض الحيوانات التى نفقت بتقصيره

فإن لم يكن مقصرا وجب عليه استبقاء النتاج ليعوض به ما نفق (مادة ٣٩٩)

٤ ــ تنقضى المزارعة بموت المستأجر دون موت المؤجر وبكل حادثة تمنع المستأجر من الزرع

ومتى انقضت الإجارة بأحد هذين السببين يدفع المالك للمستأجر قيمة المصاريف التى صرفها على الزراعة التى لم تحصد (مادة ٤٠٠)

مبحث ــ فى الإجارة بالفائدة

الإجارة بالفائدة هى إجارة الماشية مقابل نصيب فى نتاجها وصوفها وضرعها . وصورها مختلفة باختلاف الأقاليم وقد تختلف من قرية إلى أخرى

ففى بلد يكون معناها تسليم الماشية إلى المستأجر يتكفل بمؤونتها وصيانتها ويستغل ضرعها وينتفع بعملها وللمالك نصف نتاجها وفى بلد أخرى ينتفع كل واحد بالنصف مما ذكر وفى الثالثة غير ذلك

ولم ينص القانون على هذه الإجارة ولكن ذلك لا يستلزم عدم جوازها فهى جائزة ويتبع عرف كل جهة للفصل فى الخصومات التى تقع بشأنها

وأكثر ما تكون إجارة الفائدة فى الماشية ذات الألبان كالضأن والمعز والبقر والجاموس وقد اصطلحوا فى الأرياف على تسمية هذا النوع من الإجارة شركة ولكنها فى الواقع إجارة

الفصل الرابع

فى انقضاء الإجارة

تنقضى الإجارة بانقضاء المدة أو بفسخ العقد

الفرع الأول ـ فى انقضاء المدة

تقدم أن المدة إما أن تكون معينة فى العقد وإما أن تكون غير معينة

١ ـ المدة معينة فى العقد : ينتهى الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها بدون إنذار من المالك (مادتى ٣٨٢ و ٣٨٥)

ويجب على المستأجر أن يسلم الشئ المؤجر عقب ذلك فإن تأخر فللمؤجر إخراجه كرها

لكن إذا سكت المؤجر واستمر المستأجر منتفعا بالشئ المؤجر اعتبرت الإجارة مجددة بالشروط الأصلية إلا بالنسبة للمدة فإنها تكون على حسب عرف الجهة (مادة ٣٨٦)

ويعتبر العقد مجددا متى كان الزمن الذى فات على سكوت المؤجر بعد انقضاء المدة كافيا للحكم بأنه رضى بالتجديد

مثال ذلك : مدة إجارة المنزل سنة وانتهت واستمر المستأجر ساكنا ومضى على ذلك شهر والمالك ساكت ، هذه المدة كافية لاعتبار العقد تجدد لسنة أخرى إن كانت العادة تأجير مثل المنزل المؤجر مسانهة فإذا كانت المدة ثلاث سنين فلا يكون التجديد إلا لسنة واحدة

وإذا كانت الأرض زراعية وانقضت المدة وهيأ المستأجر الأرض للزراعة أو حرثها وبذرها والمالك ساكت كان ذلك دليلا على الرضا بالتجديد

وعلى كل حال فالمسألة اعتبارية تراعى فيها أحوال الزمان والمكان والعرف الجارى

ويترتب على التجديد بقاء الكفالات العينية التى تكون للمالك على المستأجر دون الكفالات الشخصية أعنى أن الرهن والامتياز والتأمين النقدى كل ذلك يبقى ضامناً للعقد الجديد وأما الكفالات الشخصية فإنها تسقط لأن الكفيل إنما ضمن العقد الأول وفى اعتباره واعتبار المتعاقدين أن ضمانه ينقضى حتماً بانقضاء مدة العقد ولا يجوز إلزامه بالبقاء كفيلاً بغير إرادته

ومع ذلك فإن الكفالات العينية المقدمة للمالك من غير المستأجر تبطل أيضاً عملاً بالقواعد المذكورة

٢ ـ المدة غير معينة فى العقد : تقدم أن المدة تتعين فى هذه المسألة بحسب العرف وبما تقرر فى القانون وحينئذ تنقضى الإجارة بانتهاء المدة المذكورة (مادة ٣٨٣)

غير أن المستأجر ليس ملزماً حتماً بتسليم الشئ المؤجر بل لابد فى ذلك من التنبيه عليه بالإخلاء من قبل المالك

ويقابل ذلك أن المستأجر يُعتبر قابلاً للاستمرار على الإجارة إلى أن ينذر المالك برغبته فى التخلى عن الشئ المؤجر

التنبيه بالإخلاء ـ يجب أن يكون التنبيه بالإخلاء سواء كان صادراً من المالك للمستأجر أو من المستأجر للمالك فى وقت لائق أعنى أنه يجب على كل منهما أن لا يفاجئ الآخر بالتنبيه عليه بالإخلاء فى وقت قصير وأنه لابد من مراعاة زمن الانتفاع بحسب طبيعة الشئ المؤجر

وقد قرر القانون أن يكون التنبيه فى المواعيد الآتية (مادة ٣٨٣) :

ثلاثة أشهر مقدماً : بالنسبة للبيوت والحوانيت والمكاتب والمخازن إذا كانت مدة الإجارة تزيد على ثلاثة أشهر

شهر ونصف : بالنسبة لما ذكر إن كانت مدة الإجارة ثلاثة أشهر أو أقل من ذلك

شهر واحد : بالنسبة لإجارة أود السكنى

ستة أشهر على الأقل : بالنسبة لأراضى الزراعة ونحوها

فإذا اتفق أن نهاية مدة الستة الأشهر تقع فى وقت اشتغال الأرض بالزرع وجب حفظ حق المستأجر فيه على حسب العرف الجارى

كيف يكون التنبيه

ليس فى القانون نص يقضى باتباع طريقة مخصوصة فى التنبيه بانقضاء مدة الإجارة والقواعد العمومية تقضى بوجوب المساواة بين التعاقد وبين إنقضائه وكما أنه لا يجوز إثبات عقد الإجارة بغير السند الكتابى أو الإقرار أو النكول عن اليمين يجب أن لا يقبل فى إثبات التنبيه طريق آخر من طرق الإثبات وهذا هو الذى ينبغى الأخذ به إلا فى حالة واحدة وهى الإثبات بالشهود إذا كانت الأجرة أقل من ألف قرش

وسبب ذلك أن شهادة الشهود جائزة أصلا فى جميع العقود متى كانت القيمة ألف قرش أو أقل إلا فى الإجارة فهى ممنوعة وهذا المنع هو استثناء لا يعمل به فى غير ما وضع له وهو هنا موضوع لإثبات الإجارة فلا يؤخذ به فى إثبات انقضائها

والأحوط أن يكون التنبيه رسميا على يد محضر إذا لم يكتب من صدر إليه بما يفيد علمه به

الفرع الثانى — فى فسخ الإجارة

ينفسخ العقد بأحد الأسباب الآتية :

١ — عدم قيام أحد المتعاقدين بوفاء ماتعهد به قبل الآخر (مادة ٣٨٨) وهذا هو الحكم فى جميع العقود كما تقدم فى القواعد العامة

وللقاضى النظر فى كون المخالفة جسيمة توجب فسخ العقد أم لا

وله أن يمهل المتعهد زمنا ليفى بتعهده

ويجوز للعاقدين أن يتفقا على أن عدم وفاء أحدهما بما تعهد به يوجب فسخ العقد من دون احتياج إلى تنبيه أو مجرد الإنذار بذلك على يد محضر وفى هذه الحالة يكون قاضى الأمور المستعجلة مختصا بالحكم بإخراج المستأجر

وللمؤجر أن يطلب تعويضا من المستأجر

ويقدر التعويض بقيمة الأجرة لغاية يوم الإخلاء وأجرة المدة اللازمة عادة للتأجير للغير وما ينقص من الأجرة فى المدة الباقية

والمتبع أن تكون هذه المدة الأخيرة مساوية لمدة التنبيه

وليس للمستأجر أن يرجع على المالك بجزء من التعويض إذا حصل التأجير فى زمن أقل من المدة المذكورة

٢ — هلاك الشئ المؤجر بقوة قاهرة كما لو مات الفرس أو احترقت الدار أو جرف النيل الجزيرة وليس على المالك تعويض للمستأجر بالضرورة

٣ — نزع ملكية العقار المؤجر للمنافع العمومية لأن ذلك يخرج الملك من يد صاحبه ويجعله فى عداد المنافع العمومية وذلك مساو لهلاكه

وليس للمستأجر فى هذه الحالة ضمان على المؤجر لكن له حق فى التعويض الذى تدفعه الحكومة

وهذا التعويض يقدر على حدة بمعرفة الخبراء إن لم يحصل الاتفاق عليه بين الحكومة والمستأجر (مادة ٧ من الأمر العالى الرقيم ٢٤ دسمبر سنة ١٩٠٦ المختص بنزع الملكية للمنافع العمومية)

٤ — استحقاق الشئ المؤجر لغير المؤجر لأن الأصل أن الشئ يرجع إلى مالكه ممن كان فى يده خاليا من جميع الحقوق التى رتبها ذلك الغير عليه

ويستثنى من ذلك الإجارة المعقودة من المشترى وفاء لمدة ثلاث سنين على الأكثر (مادة ٣٤٥)

وكذلك كل إجارة معقودة لمثل تلك المدة بين من ملك عقارا تحت شرط وزال ملكه بتحقق الشرط المذكور وقد تقدم بيان ذلك

٥ — بيع الشئ المؤجر (مادة ٣٨٩) وفى المسألة تفصيل :

أولا — إذا كانت الإجارة بعقد ثابت التاريخ أو رسمى قبل البيع وجب احترامها على المالك الجديد (مادة ٣٨٩)

ثانيا — إذا كان سند الإجارة غير رسمى وغير ثابت التاريخ جاز للمالك الجديد أن لايحترم الإجارة وأن يخرج المستأجر

إلا أنه يجب للمستأجر:

(ا) أن ينبه عليه من المالك بالإخلاء فى المدد القانونية المختصة بالإجارة

(ب) أن يعوض له من أجرله

(ج) أن لايخلى الشئ المؤجر إلا إذا دفع له التعويض وسيان دفعه المؤجر أو المالك الجديد أو قدمت له كفالة على ذلك

وللمتعاقدين أن يتفقا على مايخالف ماتقدم (مادة ٣٩٠)

أما موت المؤجر فلا يؤثر فى الإجارة بل تستمر معقودة بين ورثته و بين المستأجر.

وكذلك تستمر الإجارة بين ورثة المستأجر والمؤجر إلا فى حالتين :

الأولى ـ إذا كانت الإجارة معقودة مع مستأجر ذى حرفة خاصة

مثال ذلك : صيدلى استأجر حانوتا للاتجار فيه بالعقاقير الطبية

الثانية ـ إذا كانت الإجارة معقودة مع مستأجر باعتبار مهارته الشخصية

مثال ذلك : مهندس زراعى استأجر مواتا لإحيائها بالطرق الفنية (مادة ٣٩١)

والمهارة الشخصية من الأمور الاعتبارية فقد لايكون المستأجر ممتازا على غيره فى العمل الذى تقتضيه الإجارة ومع ذلك تنقضى الإجارة بموته كما فى المزارعة وقد تقدم

الفصـــل الخامس
فى إجارة الأشخاص وأهل الصـــنائع

الفـــرع الأول ـــ فى إجارة الأشخاص

إجارة الأشخاص عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يشتغل بنفسه لمنفعة شخص آخر مدة معينة مقابل أجر معين يلتزم به الطرف الثانى (مادة ٤٠١)

مثال ذلك : الخدم والفعلة وكذا العمال الذين يقال لهم مستخدمون مثل الكتبة والوكلاء وهكذا

وإجارة الأشخاص نوع من الإجارة له أحكام خاصة بحسب طبيعته وهى :

١ ـ لايجوز أن يكون إيجار المستخدمين وخدمة المنازل إلا لمدة معينة (مادة ٤٠٢)

هذا هو الأصل ولكن جرت العادة على أن لاتعين مدة بين المؤجر والمستأجر إلا نادرا فيما يتعلق بالمستخدمين وهذا هو السبب فى فساد أخلاق الخدم والعمال ومن يستصنعونهم فالخادم يمسى راضيا و يصبح تاركا الدار لمن فيها و يطلب مرتبـــه بإلحاح وشدة بل بوقاحة وتهديد

والمستصنع يغضب لاقل هفوة فيطرد العامل أو الخادم من فوره ويرفض أن يدفع له أجره إلا بعد حين وعناء وقد لايدفعه ولا غرابة فى هذا فالإثنان مفرطان وتلك نتيجة التفريط

والمفهوم من هذا النص أن الإجارة لغير مدّة معينة ممنوعة وهو خطأ لأن الغرض من إيجاب التحديد حجر الاستصناع المؤبد لما فيه من معنى الرق وأما عدم تعيين مدّة فى العقد بعد بيان معنى هذا المنع فهو جائز ولذلك قرر القانون أحكام ذلك فيما يلى :

٢ — إذا لم تكن مدّة الإجارة معينة فى العقد جاز لكل طرف فسخه فى أىّ وقت أراد

لكن يجب أن يلاحظ طالب الفسخ الوقت اللائق أعنى أنه إذا لم ينذر مريد الفسخ الطرف الثانى ويمهله زمنا كافيا بحسب العرف لاستصناع غيره وجب عليه التعويض طبقا للقواعد العمومية (مادة ٤٠٤)

فإذا كانت المدّة معينة فى العقد وجب على الطرفين احترامها

وإذا فسخ السيد العقد لزمه التعويض ويقدّر التعويض بقيمة الأجرة عن جميع المدة التى لايتمكن فيها العامل من الاستصناع عند غيره وكذا مصاريف السفر إن كان المستأجر استحضر الأجير أى العامل من جهة غير التى يشتغل فيها (مادة ٤٠٣)[1]

٣ — إذا لم تكن الأجرة معينة فى العقد يتبع العرف الجارى فى تقديرها (مادة ٤٠٥)

٤ — إذا لم يوجد عقد مكتوب تقبل الأدلة المعتادة وإن كان المتأخر من الأجرة يزيد على ألف قرش

لكن إذا كانت الأجرة الشهرية زائدة على ألف قرش فلا تجوز الشهادة

الفرع الثانى — فى إجارة أهل الصنائع

إجارة أهل الصنائع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين عملا مخصوصا فى ميعاد معين مقابل قيمة مقدّرة وله أربع صور :

(١) سكت القانون عن بيان التعويض الذى يستحقه السيد إذا فسخ المستخدم العقد قبل انتهاء المدة المقدرة فى العقد ولعله لاحظ أن هذا الحق عقيم فى الغالب لفقر العامل إلا أن ذلك غير مطرد وعلى كل حال فهذا نقص فى التشريع وترجيح الفريق على فريق بلا مرجح على أن القواعد العامة تكفل هذا الحق

الأولى ــ أن يتفق الطرفان على أن الصانع يعمل العمل كله كما لو اتفق زيد مع بكر على أن هذا يبنى للأول مخزنا أو يطهر له قناة الرى أو يحرث له فدانا

الثانية ــ أن يتفقا على أن الصانع يعمل زمنا محدودا مقابل أجر بحسب ذلك الزمن

الثالثة ــ أن يكون الاتفاق على أن الصانع يعمل فى العمل المطلوب مقابل أجرة يومية كما لو اتفق صاحب الدار مع البنأء على أن يشتغل هذا بالبناء لحساب المالك مقابل أجرة قدرها كذا فى كل يوم

الرابعة ــ أن يكون الاتفاق على أن الصانع يأخذ أجرا بحسب ما يأتيه من العمل كما لو اتفق المالك مع الصانع على أن يأخذ هذا مبلغ كذا فى مقابل كل متر يبنيه أو يردمه أو يطهره (مادة ٤٠٦)

وأحكامه الخاصة هى :

١ ــ للمستأجر أن يوقف العمل فى أى وقت أراد فإن كان العقد مقاولة على العمل كله أو على استخدام الصانع زمنا معيّنا لزمه أن يعوض على الصانع أو المقاول جميع الربح الذى كان ينتج له من تنفيذ العمل (مادة ٤٠٧)

وإن كان العقد على أجرة يومية أو أجرة مقدرة بحسب ما ينفذ من العمل فالتعويض يكون مساويا للمصاريف التى صرفها العامل فى الاستعداد للقيام بالعمل الذى صار إيقافه (مادة ٤٠٧)

٢ ــ ويجوز أن يشتمل استئجار الصانع ضمنا إلزامه بإحضار المهمات اللازمة للعمل كلها أو بعضها على حسب الأحوال (مادة ٤١٦)

والمراد بالمهمات هنا المواد اللازمة مثل الحجر والمؤن والأخشاب اللازمة للبناء

٣ ــ ينفسخ العقد بموت الصانع أو المقاول خلافا لإجارة الأشياء لأن ذات الصانع هنا ملحوظة فى التعاقد وينفسخ أيضا بحادثة قهرية تمنع الصانع من العمل

وفى هاتين الحالتين تكون المهمات التى أحضرها الصانع حقا لورثته أوله

لكن يجوز للمستأجر أن يأخذ منها ما ينفعه بثمنها الذى اشتراها به الصانع (مادة ٤١١)

٤ ــ إذا أحضر الصانع المهمات اللازمة للعمل وتلف العمل المذكور قبل تسليمه لصاحبه أو قبوله إياه أو عرضه عليه مع تكليفه باستلامه تكليفا رسميا فتلفه على الصانع وكذا إذا تلفت المهمات قبل استعمالها

فإن كان صاحب العمل هو الذى أحضر المهمات وتلف العمل كان على الصانع تبعة تقصيره فإن لم يكن مقصرا فلا شئ عليه إلا أن أجرته تضيع عليه(مادة ٤١٧) والظاهر أن هذا النص خاص بالمقاولة على العمل كله أو بعضه دون بقية الأحوال

مبحث ـ فى أحكام خاصة بالمقاولات فى المبانى

٥ ـ لاينقطع حساب المقاولة إلا بعد تمام العمل

وكل حساب يجرى أثناء العمل فهو مؤقت

وكل مبلغ يدفعه صاحب العمل للمقاول يحسب من أصل ثمن المقاولة (مادة ٤١٢)

٦ ـ للمقاول أن يقاول غيره على العمل كله أو بعضه ولكنه يبقى ضامنا للعمل (مادة ٤١٣)

وليس للمقاول الثانى أن يسأل المالك فى غير مايكون فى ذمته للمقاول الأول فإذا وقع حجز بناء على طلب المقاول الثانى تحت يد صاحب العمل كان هذا مسؤولا عن المطلوب للمقاول الأول لغاية الحجز وعما يستحق له بعد الحجز (مادة ٤١٤)

٧ ـ للمقاول الثانى حق الامتياز على ما للمقاول الأول فى ذمة صاحب العمل فإن كانوا أكثر من واحد قسم المبلغ بينهم على نسبة ما لكل منهم من الدين قبل المقاول الأول (مادة ٤١٥)

٨ ـ إذا كلف المقاول بعمل رسم البناء أو بإدارته أو بهما معا فله أجر خاص على ذلك ويقدر الأجر فى حالة الاختلاف مع صاحب العمل بحسب العرف الجارى

لكن إذا لم يتم العمل بمقتضى الرسم كان تقدير الأجرة بحسب الزمن الذى قضاه المهندس فى عمله وبحسب نوعه (مادة ٤٠٨)

٩ ـ المهندس المعمارى مسؤول عن الخلل الذى يحدث فى البناء من عيب فى الرسم إذا لم يكن مأمورا بملاحظة البناء (مادة ٤١٠)

فإن كان مأمورا بالملاحظة كان مسؤولا مع المقاول بالتضامن عن كل خلل يحدث فى البناء لأى سبب كان مدة عشر سنين ولو كان سبب الخلل أمر المالك بإقامة بناء غير مطابق للقواعد الهندسية

ومع ذلك إذا كان غرض المتعاقدين أن البناء مطلوب لحاجة وقتية تمكث أقل من عشر سنين وأذن المالك بإقامة أبنية معيبة يخرج المهندس والمقاول من تبعتها (مادة ٤٠٩)

١٠ ــ ليس للمقاول أن يطالب زيادة قيمة المقاولة بحجة زيادة المصاريف لأى سبب إلا إذا كانت الزيادة مترتبة على عمل أو أمر صادر من صاحب العمل (مادة ٤١٨)[1]

الفصــــل السادس

فى الحكر والإجارتين وخلو الانتفاع

الحكر والإجارتان وخلو الانتفاع عقود إيجار موضوعها كلها أعيان موقوفة وكان من حق الشارع أن يذكر أحكامها فى القانون لأنها لاتتعلق بأصل الوقف . والمحاكم الأهلية مختصة بالنظر فى جميع المسائل المتعلقة بالأوقاف إلا ما كان متعلقا بالنظر عليه أو بأصله . وهى تجرى فى أحكامها بحسب القواعد العامة المقررة قانونا فى باب التعهدات على العموم والإجارة على الخصوص مع الاستئناس بالنصوص الشرعية

ونحن نقتصر هنا على قول موجز فى بيان أحكام هذه العقود

الفرع الأول ــ فى الحكــــر

الحكر عقد إيجار يبيح للمستأجر الانتفاع بالعقار المؤجر إلى أجل غير محدود أو إلى أجل طويل معين مقابل دفع أجرة شهرية أو سنوية للمؤجر. وهو يكون عادة فى أراضى البناء الموقوفة ويجوز أن لاتكون الأرض وقفا

وأحكامه الخاصة هى :

١ ــ لايوجد الحكر إلا بعقد مكتوب أو بمضى المدة (٣٣ سنة فى الوقف و ١٥ فى غيره)

٢ ــ إن كانت الأرض وقفا وجب ترخيص القاضى

٣ ــ للمستأجر حق عينى على العقار هو حق الانتفاع فهو يبنى ويغرس و يغير الاستعمال بشرط أن لا يكون ذلك موجبا لنقص قيمة الشئ المؤجر

(١) ارتقت مسائل الصناع والمقاولات فى هذا الزمن ارتقاء لم يكن فى حساب واضع القانون ولهذا يشعر القارئ بفرق كبير بين الحالة التى تستنتج من النصوص والتى يشاهدها فى الخارج وتنبعث فيه الرغبة إلى تحوير القانون بما يطابق مستلزمات العصر على أن الرقى منتشر فى جميع المرافق والحاجة ماسة لتعديل النصوص بما يلائم الحال الجديد

٤ ـ أجرة الشيء المؤجر غير ثابتة فهي تقبل الزيادة والنقص بحسب الزمان والمكان لكن إذا كان التحسين من فعل المستأجر فلا يكون ذلك موجبا لزيادة الأجرة

٥ ـ الأصل في الحكر أنه لغير أجل مسمى

٦ ـ ينفسخ العقد بتأخر المحتكر في دفع الأجرة ثلاث سنين متوالية

٧ ـ لا يجوز في رأي بعض المؤلفين ومحكمة الاستئناف المختلطة أن يكتسب المحتكر الأرض المحكورة بمضي المدة مهما طالت لأن يده على العقار يد عرضية

وهذا المذهب غير قويم لأن الوقف نفسه يسقط بمضي المدة ولأن الحكر يترتب بمضي المدة فلا وجه لعدم التخلص منه وكسب ملكية العقار بمضي المدة مادامت شروطها مستوفاة

الفرع الثاني ـ في الإجارتين

هو عقد تؤجر به جهة الوقف مكانا مبنيا إجارة مستمرة لغير أجل مسمى وهو كالحكر في أحكامه الخاصة ويمتاز عنه فيما يأتي :

١ ـ أن يقوم المستأجر بحفظ العين وصيانتها بمصاريف من طرفه مهما عظمت

٢ ـ أن يدفع المستأجر مبلغا مقدرا على سبيل التبرع لجهة الوقف وقت التعاقد ثم يدفع أجرة سنوية معلومة

٣ ـ لا يكون عقد الإجارتين إلا من وقف ومحله على الدوام عقار مبنى

الفرع الثالث ـ في خلو الانتفاع

هو إجارة لزمن غير محدد

ولا يكون إلا من جهة وقف في أرض موقوفة مبنية أو غير مبنية أو زراعية

وخواصه :

١ ـ المستأجر ملزم بإصلاح الشيء المؤجر

٢ ـ يدفع المستأجر أجرة مقدرة لا تتغير .

٣ ـ لجهة الوقف فسخ العقد في كل حين واسترداد العقار بشرط أن تدفع إلى المستأجر مثل مازاد في قيمة العقار بسبب الإصلاحات التي أجراها

قاعدة عامة

للمتعاقدين في الحكر والإجارتين وخلو الانتفاع أن يتفقا على غير ما هو مقرر في أحكام كل من هذه العقود

الباب الخامس

فى التوكيل

التوكيل و يقال أيضا الوكالة عقد يأذن به أحد الطرفين الآخر بعمل عمل باسمه وعلى ذمته (مادة ٥١٢)

والآذن هو الموكل والمأذون هو الوكيل

الفصل الأول

قواعد عامة

الفرع الأول – كيف يقع التوكيل

التوكيل صريح وضمنى

الصريح هو تحرير صك تظهر فيه إرادة المتعاقدين

الضمنى هو إجراء العمل بمعرفة الوكيل بناء على مجرد تكليف الموكل (مادة ٥١٣) كما إذا رغب زيد لبكر فى شراء ثوب فاشتراه وكما إذا كتب زيد لبكر يستدعيه فى بيع الفرس فباعها وهكذا

الفرع الثانى – مقابل التوكيل

الأصل فى التوكيل أن يكون بلا مقابل وللطرفين الاتفاق على أجر وقد يستنتج من قرائن الأحوال وعلى الأخص من صناعة الوكيل أنه مأجور ولو لم يذكر ذلك فى العقد كالمحامى والسمسار وكل شخص صناعته الوكالة عن الغير (مادة ٥١٣)

الفرع الثالث – سند التوكيل

يكفى فى ورقة التوكيل أن تكون عرفية فيما يختص بعلاقة الوكيل بالموكل والأحوط أن تكون رسمية ولا سيما إذا كان الوكيل يباشر أعمالا تقتضى إمضاء عقود رسمية

ولمن يتعاقد مع الوكيل الحق فى طلب صورة رسمية من التوكيل (مادة ٥١٨)

أما إذا كان التوكيل عرفيا فلا فائدة فى طلب صورة منه لأنه يكفى فى إسقاط الصورة إنكار الأصل

وهناك توكيلات لاتقبل إلا إذا كانت رسمية أو كان مصدقا على التوقيعات التى عليها كتوكيلات المحامين التى تقدم للمحاكم كما تقضى بذلك لائحة الإجراآت الداخلية

الفرع الرابع — تعدد الوكلاء

يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من وكيل واحد

فإن كان توكيل الجميع واحدا ولم يصرح فيه بعمل كل واحد منهم وجب اتفاقهم جميعا على العمل وإلا فهو غير نافذ

وإن كان فى التوكيل تخصيص عمل لكل وكيل فلاينفذ تصرفه إلا فيما هو وكيل فيه

وإن كان لكل وكيل توكيل خاص كان له أن يعمل بانفراده جميع ما هو منصوص عنه فى توكيله (مادة ٥١٩)

وعلى كل حال لاتضامن بين الوكلاء المتعددين سواء كانوا مشتركين فى العمل بمقتضى التوكيل أم لا

الفصل الثانى
فى أنواع الوكالة

الوكالة خاصة وعامة

١ — الوكالة الخاصة هى التى يكون موضوعها عملا معينا كبيع أوشراء فإن كان التوكيل ببيع فلا يجوز للوكيل أن يرهن وإن كان بشراء فلا يجوز له أن يبيع والتوكيل الخاص يشمل لوازم العمل المعين فالوكالة فى البيع تقتضى الوكالة فى تحرير العقد والتوكيل فى قبض الدين يقتضى التوكيل فى ترك الكفالات كشطب الرهن (مادة ٥١٥)

٢ — الوكالة العامة هى التى لاتشتمل على بيان عمل معين بذاته بل يقتصر فيها على ذكر إنابة الموكل الوكيل فى أعماله أى الموكل

وهى تعطى الوكيل الحق فى مباشرة جميع الأعمال الإدارية المتعلقة بشؤون الموكل ويدخل فى الأعمال الإدارية الصرف على الأشغال الجارية . دفع مرتبات المستخدمين والعمال والصناع . بيع الحاصلات . شراء مايلزم للزراعة من الآلات والأدوات والبذور . بيع ماذكر . قبض الديون . وفاء الديون وهكذا

وهناك توكيل صيغته عامة ولكن موضوعه خاص بطبيعة أعمال الوكيل كتوكيل المحامى فانه لايشمل إلا أعمال المحاماة ولكنه يشملها كلها

ولا بد من مراجعة التوكيل لتعلم حدود الوكالة

ومن الأعمال مالايجوز للوكيل إجراؤه إلا إذا صرح بذلك فى التوكيل وهى :

الإقرار ـ طلب اليمين أو قبولها أو ردها ـ الهبة ـ الصلح ـ تحكيم المحكمين وكل عمل من أعمال التصرفات العقارية كالبيع والرهن وترتيب حق الانتفاع وهكذا (مادة ٥١٦)

ثم التوكيل فى نوع من الأعمال يقتضى التوكيل فى جميع الأعمال التى تدخل تحت هذا النوع مثلا : التوكيل فى بيع العقار أو المنقول يقتضى التوكيل فى البيع على عمومه وكذلك التوكيل فى التحكيم أو فى الصلح من دون بيان موضوع خاص يستلزم التفويض فى إجراء ذلك كلما مست الحاجة

ويستثنى من ذلك التبرعات فإن التوكيل بها فى عمومها غير جائز ولا بد من بيان محل التبرعات بالذات عقارا كان أو منقولا فيذكر فى التوكيل المنزل الفلانى أو المال الذى قدره كذا (مادة ٥١٧)

الفصل الثالث

فيما يترتب على التوكيل

الفرع الأول ـ فى واجبات الوكيل

١ ـ يجب على الوكيل أن يقوم بما كلف به وأن يستعمل الدقة فى ذلك وأن لايهمل فيه

فإن كان الوكيل بلا أجر فإنما يسأل عن تقصيره الجسيم دون الخفيف ومن التقصير الجسيم عدم الوفاء بما التزم به اختيارا فإن كان مكرها على عدم الوفاء أو منعه من ذلك مانع قهرى كالمرض فلا تبعة عليه

وإن كان الوكيل مأجورا فعليه أيضا تبعة تقصيره اليسير أعنى أنه يعوض على الموكل ما أصابه من الضرر بسبب مجرد الإهمال (مادة ٥٢١)

مثلا : إذا وكل زيد بكرا فى بيع مال له وشراء سندات من شركة معيّنة بقيمة الثمن فى يوم قبضه وباع الوكيل وقبض الثمن إلا أنه لم يشتر السندات إلا فى اليوم الثانى ولم يكن معذورا فى عدم الشراء فى يوم القبض وكانت الأثمان ارتفعت فى يوم الشراء فانه يضمن الفرق بين الثمنين

٢ – يجب على الوكيل أن يقدم الحساب لموكله كلما طلبه منه

ويشمل ذلك الحساب إدارة أعمال الوكيل وبيان التصرفات فى النقود التى يقبضها (مادة ٥٢٥)

٣ – إذا تأخر الوكيل فى تقديم المبالغ التى عنده لموكل ضمن فوائدها من يوم الطلب متى كان رسميا

فإن كان استعمل هذه المبالغ أو شيئا منها فى منفعته هو فعليه الفوائد من يوم الاستعمال (مادة ٥٢٦)

٤ – إذا انقضت الوكالة بأى سبب غير العزل الصريح أعنى إعلان الوكيل به من الموكل فعلى الوكيل أن يجعل الأعمال التى ابتدأها فى حالة تقيها من الخطر (مادة ٥٢٢)

مثلا : إذا كان الوكيل شرع فى إقامة بناء وانتهى توكيله فى أثناء العمل وجب عليه أن يضع المهمات فى مكان يقيها من الخطر وإن كان شرع فى حصاد أرض وجب عليه أن يتخذ الإجراآت اللازمة لوقاية الحاصلات كترتيب الخفراء ونقل ما يجب نقله إلى المخازن وغير ذلك

ولذلك قضت لائحة المحامين على المحامى الذى يتنزل من نفسه أن يستمر فى مباشرة الدعوى خمسة عشر يوما ليتمكن الموكل من توكيل غيره

٥ – متى انقضت الوكالة يجب على الوكيل أن يرد سند التوكيل إلى الموكل حتى لا يتمكن من استعماله بعد ذلك (مادة ٥٣١)

٦ – إذا عمل الوكيل عملاً على ذمة موكله ولم يخبر من تعامل معه بأنه وكيل كان ملزمًا شخصياً لمن تعامل معه لأن هذا يجهل أنه يتعاقد مع غير الوكيل وقد يجوز أنه كان يأبى التعامل إذا عرف ذلك (مادة ٥٢٣) وسيأتى لهذا بيان أوفى (ص ٢٩٩)

فإذا أخبر الوكيل أنه يتعامل لمصلحة موكله كان الذى عليه إثبات توكيله

ولا يضمن الوكيل لمن تعامل معه شيئا إذا كان تعدى فى التعامل حدود وكالته وكان أخبره بحدودها (مادة ٥٢٤)

مثلا : إذا اشترى الوكيل وكالة عامة عقارا من صاحبه بعد أن يكون أطلعه على توكيله العام أولم يطلعه لأنه لم يطلبه منه واكتفى بإخباره بمضمون وكالته ثم أبى الموكل دفع الثمن فلا يكون الوكيل مسؤولا لمن تعاقد معه فى نفاذ البيع لأنه لم يستعمل غشا وقد صدقه بإخباره بوكالته كما هى

مبحث ـــ فى التوكيل من الوكيل

ليس للوكيل أن يوكل عنه غيره فيما هو موكل فيه إلا إذا كان مرخصا له بذلك فى العقد (مادة ٥٢٠)

والترخيص بذلك إما أن يكون خاصا بشخص معين أو يكون مطلقا

فإن كان خاصا فلا يضمن الوكيل الأصلىّ أعمال الوكيل الثانى وإن كان عاما ضمن وأما وكيل الوكيل فهو على الدوام مسؤول للوكل الاصلىّ مباشرة مع من وكله

ولوكيل الوكيل المسمى فى التوكيل الاصلىّ حق الرجوع بأجرته وتعويضاته عند الاقتضاء على الموكل الاصلىّ

وعلاقته بالوكيل الأصلىّ علاقة وكيل بموكل

الفرع الثانى ـــ فى واجبات الموكل

١ ـ يجب على الموكل تنفيذ ما التزم الوكيل به مما هو داخل ضمن وكالته

٢ ـ إذا عمل الوكيل عملا خارجا عن حدود وكالته وجب على الموكل أن يصرح فى ميعاد لائق إن كان يقبل العمل لذمته أم لا حتى لا يبقى العمل معلقا وتتعطل مصلحة الذين تعاقدوا مع الوكيل (مادة ٥٢٧)

وقبول الموكل عمل الوكيل فى هذه الحالة إما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا

ويستنتج القبول الضمنىّ من كل عمل يؤخذ منه أن الموكل رضى بالعمل كما لو دفع ثمن المبيع أو سلمه لمن اشتراه

٣ ـ على الموكل أن يرد لوكيله جميع المصاريف التى صرفها فى شؤونه متى كانت شرعية ويراد بالشرعية مالا يكون مخالفاً للنظام العام كالرشوة

ولا يشترط فى وجوب دفع المصاريف المذكورة أن يكون العمل الذى نشأت عنه ناجحاً بل تجب المصاريف مهما كانت نتيجته بشرط أن لايكون الوكيل مقصراً تقصيراً جسيماً إن كان غير مأجور أو يسيراً إن كان مأجوراً (مادة ٥٢٨)

٤ ـ على الموكل فوائد المبالغ التى صرفها الوكيل فى منفعته من يوم صرفها (مادة ٥٢٦)

٥ ـ إذا أصاب الوكيل خسارة بسبب قيامه بأعمال التوكيل ولم يكن مقصراً ولا مجازفاً فعلى الموكل أن يعوض عليه الخسارة

مثلا : إذا أصاب الوكيل وهو مسافر فى أشغال الموكل مرض القضى مصرفاً خاصاً أو سرق متاعه أو إذا جرح وهو يباشر العمل كأن نطحه ثور أو سقط عليه حجر أو إذا مات وهو يؤدى العمل كما لو وقع عليه الجدار أو غرق فله أو لورثته تعويض الخسارة على الموكل

نعم ليس هذا الواجب منصوصاً عنه فى القانون ولكن القواعد العامة تجيزه والعدل يقتضيه

٦ ـ يجب على الموكل أن يدفع للوكيل أجرة إن كان مأجوراً سواء كان ذلك بنص صريح فى التوكيل أو كانت الأجرة واجبة من طبيعتها

والأجرة إما متفق على مقدارها أم لا

فإن كان متفقاً على مقدارها فالأصل أنها واجبة كما قدرت ومع ذلك يجوز للوكل أن يعارض فى القيمة إن كانت باهظة وللقاضى أن يخفضها إلى الحد اللائق (مادة ٥١٤)

والسبب فى ذلك ماقد يعرض للوكل من الحرج والإعنات عند التوكيل وما يسهل على بعض الوكلاء من إطماع الموكلين فى الربح فيحصلون بذلك على وعود بأجر يفوق الحد الذى ينبغى

وإن كان غير متفق على مقدارها ولم يتفق الطرفان عليها فالقاضى يقدرها

ولا يتوقف دفع الأجرة على نجاح العمل ما لم يكن الوكيل مقصراً

وكذلك لايجوز طلب انقاصها بحجة أن العمل لم ينجح تمام النجاح

الفصـــل الرابـــع

فى بعض توكيلات خاصة

قد تكون الوكالة قضائية كالوصاية والقوامة والحراسة وهى التى يحكم بها قاض مختص كالمجلس الحسبى أو المحكمة

وقد تكون قانونيــة وهى التى لبعض الأشخاص بمقتضى حكم القــانون نفسه كولاية الأب على ابنه

وأحكام الوكالة العامة تنطبق على ذلك مع ملاحظة الأحكام الخاصة بكل نوع مما هو مبين فى لائحة المجالس الحسبية وفى كتب الشريعة الغراء وفى الحراسة (راجع ص ٣١٤)

فـــــرع ـــ فى الوكـالة المستترة

الوكالة المستترة هى أن يوكل شخص غيره فى إجراء عمل على ذمته ولمصلحته لكن باسم الوكيل فيتعاقد الوكيل حينئذ مع الغير باسمه الخاص دون أن يخبر أنه وكيل (مادة ٥٢٣)

وهذا التعاقد لايلزم الموكل بشئ مما تعاقد عليه الوكيل ويكون هذا هو الملزم للأجنبى شخصياً

ومع ذلك إذا كان الغرض من الوكالة المستترة خدع الغير ممن له حقوق قِبَل الموكل أو الهرب من التزام يقضى به القانون فلكل ذى منفعة أن يبرهن على أن التعاقـد فى الحقيقة لمصلحة الموكل المستتر وأن يقاضيه مباشرة على حقوقه

مثال ذلك : وكل المدين المحجوز على عقاره حجزاً تنفيذياً أحد الناس ليشترى العقار له من المحكمة باسمه هو أى الوكيل . هذا التوكيل باطل لأن القانون يقضى بالحيلولة بين المـالك وملكه من يوم التنبيه بنزع الملكية

مثال آخر : لزيد دين على بكر ولبكر دين على زيد . زيد يتنازل صورة عن دينه لخالد حتى يطالب به بكرا ويهرب بهذه الطريقة من المقاصة بين ما له وما عليه

هذه الوكالات وأمثالها محرّمة قانونا

ويترتب على ذلك أن الموكل ممنوع من مقاضاة الوكيل بشأنها فإذا قبض الوكيل دين الموكل المستتر فى المثال الثانى ولم يردّه إلى الموكل فليس لهذا أن يقاضيه لأن التعهد ترتب على عمل محرّم قانونا

والحاصل أنه لافرق بين الوكيل المستتر وبين الوكيل الظاهر فى بطلان الأعمال الممنوعة قانونا منعا مبنيا على مراعاة النظام العام

وما عدا هــذه الأحوال فالوكالة المســتترة جائزة ولها أحكام فمن عمل عملا على ذمة غيره فى الباطن وباسمه ظاهرا ولم يخبر من تعامل معه بالحقيقة فهو الملزم به (مادة ٥٢٣)

فاذا علم الأجنبى بالحقيقة كان الملتزم له هو الموكل

وأما فيما يتعلق بعلاقة الوكيل المســتتر بموكله فهى علاقة وكيل عادى بموكل عادى وأحكامها ماتقدم بيانه

وقد يترتب على الوكالة المستترة دفع رسوم المحاكم مرتين

مثال ذلك : زيد هو الوكيل المستتر لبكر واشترى باسمه الخاص عقارا ودفع الرسم المقرر ثم أعلن بعد ذلك أن الشراء لبكر لايقبل منه تسجيل هذا الإعلان إلا إذا دفع رسما آخر

ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان الشراء حاصلا من بيع علنى أمام المحكمة إذا أعلن المشترى فى اليوم التالى ليوم البيع أنه كان فى الشراء نائبا عن بكر (مادة ٥٧٦ مرافعات)

والوكالة المستترة جارية فى الأعمال التجارية لأن السماسرة يتعاملون دائما بأسمائهم ولكن المفهوم أنهم يتعاملون لغيرهم إلا أنه لايجوز لعميل أحدهم أن يقاضى عميل الثانى لما يترتب على ذلك من اضطراب الأعمال التجارية

الفصــــــل الخامس
فى انقضاء الوكالة

تنقضى الوكالة (مادة ٥٢٩) :

١ ـ بانقضاء العمل الذى عقد التوكيل لأجله إن كان محدودا كبيع دار أو شراء عقار

٢ ـ بعزل الوكيل من الموكل . والعزل جائز بشرط أن يكون فى وقت لائق أعنى أن الموكل لايفاجئ الوكيل بالعزل بل يجب أن يخبره بعزمه على عزله قبل إمضائه بزمن يسع استعداد الوكيل للتخلى عن العمل والزمن اللازم لذلك غير محدود والعرف وأحوال الوكالة هما اللذان يحددانه وللقاضى النظر فى ذلك

ويجب إعلان الوكيل بعزله وإلا التزم الموكل بما يعمله الوكيل وهو غير عالم بالعـــزل

وهـــذا كله لا يصـــدق إلا على الوكالة المأجورة . أما الوكالة المجانية فلا يترتب على العزل منها تبعة على الموكل

٣ ـ بعزل الوكيل نفسه . فكما أن للموكل عزل الوكيل كذلك للوكيل أن يعتزل بشرط أن يراعى الوقت المناسب للتخلى عن التوكيل حتى لا يكون الترك سببا فى ضرر الموكل

ويجب على الوكيل إعلان الموكل بالاعتزال

٤ ـ بموت الوكيل أو الموكل . لأن الوكالة من العقود التى تُلاحظ فيها الشخصيات أعنى أن الموكل لا يرضى أن يُنيب عنـه أىّ شخص كان وكذا الوكيل لا يقبل الوكالة من أىّ شخص كان

مبحث ـــ فى استمرار الوكالة بعد تحقق سبب انقضائها

قد يموت الموكل والوكيل غير عالم بوفاته فإذا استمر على عمله فهو صحيح والورثة ملزمون بالوفاء بمـا تعهد به الوكيل ولمن تعاقد معه مطالبتهم بمـا ترتب له على التعاقد من الحقوق متى ثبت أنه كان غير عالم بالوفاة (مادة ٥٣٠)

وكذلك لا يُحتج على الغــير بعزل الوكيل ولا باعتزاله إن لم يكن عالمـا به لأن الموكل يكون مقصرا فى الحالتين بعدم إعلانه أو بتركه سند التوكيل فى يد الوكيل

ويكون الوكيل المعزول من الموكل أو من نفســه مسؤولا عن العمل للموكل بعد العـــزل

الباب السادس

فى العارية والإيرادات المرتبة

العارية عقد يلتزم به أحد المتعاقدين إعطاء شئ لآخر ليستعمله زمنا محدودا ثم يرده أو مثله إلى صاحبه بلا مقابل أو بمقابل

والعارية نوعان (مادة ٤٦٣) :

الأول ــ عارية الاستعمال

والثانى ــ عارية الاستهلاك

والفرق بين النوعين أن عارية الاستعمال لا تنقل ملكية الشئ المعار من المعير إلى المستعير بخلاف عارية الاستهلاك فإنها تنقل الملكية لأن المستعير يستهلك الشئ و يعيد مثله (مادتى ٤٦٤ و ٤٦٥)

ولذلك نتائج سيأتى بيانها

والعقد هو الذى يبين أى نوع من النوعين مقصود

فإن لم يُذكر فى العقد بيان نوع العارية عُرفت بالغرض منها ونوع الشئ المعار (مادة ٤٦٦)

الفصل الأول

فى عارية الاستعمال

هى كما تقدم إعطاء شئ لشخص ليستعمله ثم يرده إلى من أعطاه إليه

وتكون عارية الاستعمال بلا مقابل فلا يلتزم المستعير بدفع شئ للمعير وإلا كان العقد إجارة لا عارية (مادة ٤٦٧)

وتجوز عارية الاستعمال من المالك والمستأجر وصاحب حق الانتفاع ومن المستعير نفسه وهى لا تكون عارية إلا فى الأشياء المعينة بالذات والتى لا يقوم بعضها مقام البعض الآخر فمحلها عادة إما عقار وإما منقول معين الذات وقيمى

والواقع أنها لا تأتى عادة فى الأشياء التى لا ينتفع بها إلا بهلاكها كالخبز والنقود وأمثال ذلك

ويجوز أن يكون الشئ المعار من مثلى ماذكر كما لو استعار زيد من عمرو نقودًا أو برًا للتباهى بها دون استهلاكها

ولا تكون عارية الاستعمال أبدية بل لابد من تحديد زمن تنقضى بانقضائه فإذا لم يحدد زمنها فى العقد وجب رد الشئ بعد استعماله فى الأمر الذى استعير لأجله (مادة ٤٧٢)

مثلا : لو استعار زيد منزل عمرو لإقامة عرس وجب عليه رده بعد الفراغ من العرس ولو استعار ثورا لسق القطن وجب عليه رده بعد الفراغ من السقيا وهكذا

الفرع الأول ـ فى واجبات المستعير

يجب على المستعير :

١ ـ أن يحفظ العين المعارة وأن يعتنى بصيانتها اعتناء تاما (مادة ٤٦٩)

٢ ـ أن لايستعمل العين المعارة إلا فيما أعدت له حسب الاتفاق (مادة ٤٦٩)

٣ ـ إذا قصر فى صيانتها ولو تقصيرا خفيفا ضمن قيمتها إن هلكت أو تعويض مانقص من قيمتها إن أصابها تلف (مادة ٤٦٨)

ولكنه لايضمن نقص القيمة الناتج عن الاستعمال نفسه بحسب طبيعة العين المعارة

مثلا : لو كانت فرسا وسرقت بتقصير المستعير فعليه قيمتها

فإذا أصابها هزال من الاستعمال ولم يكن فيه إفراط من قبل المستعير فلا ضمان عليه ونقص القيمة من الاستعمال أظهر فى المهمات والآلات كالحاريث والسواقى والنوارج وفى العقارات كالمنازل والمخازن

٤ ـ إذا استعمل العين فى غير ما أعدت له ألزم بتعويض مساو لقيمة أجرة مثلها وقد يعد ذلك إفراطا فى الاستعمال فيلزم أيضا بالتعويض لأجله (مادة ٤٧٠)

٥ ـ على المستعير أن يتحمل مصاريف صيانة العين (مادة ٤٧١)

٦ ـ عليه أن يرد العين فى الموعد المحدد ولا يجبر على الرد قبل الأجل المسمى

فإن لم يتقرر فى العقد زمن وجب الرد بعد انتهاء الغرض الذى كانت الاستعارة لأجله (مادة ٤٧٢)

٧ ـ إذا لم يردها فى الميعاد المقرر فعليه أجرة مثلها مع تعويض التلف الناتج عن الإفراط فى الاستعمال (مادة ٤٧٠)

الفرع الثانى — فى واجبات المعير

يجب على المعير :

١ — أن يترك المستعير يستعمل العين فيما استعارها لأجله

٢ — أن يدفع إلى المستعير المصاريف الضرورية المستعجلة التى صرفها فى صيانة العين قبل إمكان إخباره بها (مادة ٤٧١)

مثلا : لو كانت العين المعارة داراً وكان المعير غائباً وهدد المطر سقفها فأصلحه المستعير وجب على المعير أن يدفع له مصاريف ذلك لأن الضرورة كانت قاضية بالإصلاح فوراً ولم يكن هناك وقت لإخبار المعير

٣ — إذا كان فى العين عيب خفى ونشأ عنه ضرر للمستعير وكان المعير عالماً به ضمن التعويض كما لو كان الثور نطاحاً أو الفرس عضاضاً أو الدار مختلة البناء

٤ — إذا هلكت العين بقوة قاهرة أعنى بلا تقصير من المستعير فهلاكها على المعير لأنها ملكه (مادة ٤٦٨)

الفصـــــل الثـــانى

فى عارية الاستهلاك

عارية الاستهلاك عقد ينقل به المعير ملكية الشئ المعار إلى المستعير يستهلكه فى منافعه ويرد مثله فى زمن معين (مادة ٤٦٥)

ولا تجوز عارية الاستهلاك إلا من المالك حتى يصح نقل الملكية وعلى ذلك يجب أن يكون المعير ذا أهلية للتصرف

فإذا حصلت العارية من غير مالك لا تنتقل الملكية إلى المستعير إلا إذا كان حسن النية

والأشياء التى تعار عارية استهلاك هى المقدرات التى يقوم بعضها مقام البعض الآخر كالنقود والبر

وتكون عارية الاستهلاك بلا مقابل إذا لم يشترط المقابل فى العقد

فإذا اشترط المقابل كان على المستعير الوفاء به (مادة ٤٧٧)

وعارية الاستهلاك تسمى أيضا قرضا وأكثر ما يكون استعمالها فى النقود

وسنفرد للقرض المالى مقالا خاصا

الفرع الأول ـــ فى واجبات المستعير

١ ـ يتحمل المستعير هلاك الشىء المعار فان سُرق منه المال أو فُقد فعليه الخسارة لأن ملكية العين نُقلت إليه (مادة ٤٧٣)

٢ ـ يجب على المستعير أن يرد المثل فى الزمن المحدد (مادة ٤٧٥)

ويكون المثل مساويا للأصل فى النوع والمقدار والصفة بقطع النظر عن اختلاف القيمة (مادة ٤٦٥)

فإذا اقترض أردبا من القمح "الأبيض البحيرى" وجب عليــه رد أردب من القمح "الأبيض البحيرى" وإن كان ثمن ما أخذه أقل من ثمن ما يُعطى حين الرد

فإذا كان المعار نقودا وجب رد المثل أعنى القيمة العددية فإذا اقترض ألف جنيــه انجليزى (الجنيه المصرى غير موجود) وكان الجنيه يساوى سبعة وتسعين قرشا ونصف قرش وجب عليه رد ألف جنيه انجليزى ولو كان الجنيه منها وقت الرد يساوى تسعة وتسعين قرشا

ولو اقترض ألف قرش وجب عليه أن يرد ألف قرش (مادة ٤٧٤)

وإذا لم يكن زمن الرد معينا فى العقد أو ذُكر فيه أن الرد يكون عند إمكان المستعير ذلك حُدد الميعاد بمعرفة القاضى (مادة ٤٧٥)

ويجب أن يكون الرد فى المحل الذى حصلت فيه العارية إلا إذا نُص فى العقد على غير ذلك (مادة ٤٧٦)

٣ ـ إذا تأخر المستعير فى الرد عن الموعد المقرر فعليه تعويض يُقدر بالاتفاق أو بأمر القاضى إذا كان المعار غير النقود

الفرع الثانى ـــ فى واجبات المعير

على المعير أن يُسلم الشىء المعار إلى المستعير وأن يضمن عيبه كما لو كانت النقود زيوفا أو البر فارغا

الفصل الثالث
فى القرض المالى

القرض المالى هو عقد عارية استهلاك موضوعه مبلغ من النقود وأفردناه بقول خاص لأهميته لأن المال هو العامل الأكبر فى حركة الثروة العمومية وهو ميزان التعامل بين الناس ولذلك يتهافت الكل على كسبه وإحرازه

وهذه العارية كغيرها تكون بلا مقابل أو بمقابل على حسب اتفاق المتعاقدين والغالب أنها تكون بمقابل يسمى الفائدة واشتراط الفائدة جائز فى كل عقد من عقود عارية الاستهلاك إلا أنه لقلة التعامل على هذا الوجه فى غير القروض المالية وشيوعها فى هذه الأخيرة انصرف الذهن دائماً إلى أن القرض بالفائدة هو عارية النقود

ولا فرق بين قرض الفائدة وبين غيره من العقود من حيث شروط الصحة وأحكام المعاملات العامة وإنما الذى يمتاز به هذا النوع من العقود راجع كله فى الغالب إلى الفائدة وتقديرها والجائز منها ومالا يجوز

الفرع الأول — فى الفائدة [1]

الفائدة نقود يلتزم المقترض بدفعها للقرض زيادة على المبلغ الذى اقترضه ويجب فيها :

١ — أن يكون منصوصا عليها فى العقد وإلا فإنها لاتكون واجبة (مادة ٤٧٧) إلا فى حالة الحساب الجارى المعروف فى أشغال المصارف المالية (البنوك)

وظاهر هذا النص أن من دفع فائدة لم تكن مشروطة فى العقد فله أن يستردها إلا أن المحاكم (المختلطة على الأخص) قضت بعدم جواز الرد وهو قضاء فيه بعض التجاوز إذ لامسوغ لذلك فى العقد وكان الأولى أن يُقضى بخصم قيمتها من القرض

٢ — أن لاتزيد الفائدة على تسعة فى المائة (مادة ١٢٥ معدلة بقانون ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢) [2] فاذا اشترطت من دون بيان قيمتها وجب أن لاتزيد على خمسة

(١) راجع أيضا ص ٢٢٢

(٢) يظهر أن واضع هذا التعديل نسى ذكر المادة (٤٧٨) الواردة فى هذا الباب فبقيت على حالها ولا ضرر من ذلك من حيث القضاء لأن هذه المادة فرع عن الأصل المقرر فى باب التعهدات والتعديل قانونا متأخر وبينه وبين هذه المادة المتقدمة عليه تعارض والقاعدة أن المتأخر ينسخ المتقدم إذا تعارضا وذلك ما جرى عليه القضاء

فى المائة فى المسائل المدنية وسبعة فى المواد التجارية (مادة ١٢٤ معدلة بقانون ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢)

٣ ـ يصدق هذا التحديد على كل عقد من عقود عارية الاستهلاك فلو كان الشئ المعار براً لايجوز أن تزيد فائدته على مايساوى تسعة فى المائة اتفاقا ولا خمسة أو سبعة فى المائة قانونا

٤ ـ إذا اشترط المتعاقدان فائدة أكثر مما ذكر فذلك ربا والشرط باطل فيما زاد عما قرره القانون فإذا كان المشروط إثنى عشر أنزل إلى تسعة فى المواد المدنية وفى المواد التجارية (مادة ١٢٥)

ولا يجوز للمقرض بناء على ذلك إلزام المقترض بتلك الزيادة وإذا دفع المقترض زيادة عن المقرر وجب خصمه من أصل القرض أو من الفوائد القانونية وكان الواجب جواز رده إن كان الوفاء قد تم غير أن الحاكم لم تقض بذلك وليس فى القانون نص على هذه الحالة

٥ ـ لمن يدعى أن هناك ربا أن يثبته بجميع الطرق القانونية ومن ذلك شهادة الشهود والشهادة هنا جائزة لأن منع الربا من المسائل التى تهم النظام العام وهناك سبب آخر وهو أن المقترض يكون وقت الحاجة مضطرا إلى قبول الاقتراض بالربا والمرابون ينتهزون فرصة ضيق الطالب ليكرهوه بالإعنات والتسويف على القبول

٦ ـ من ثبت عليه الربا حرم منه كما تقدم ويعاقب أيضا بالغرامة ثم الحبس

٧ ـ لا يجوز حساب فائدة للفائدة إلا إذا مضى عليها سنة أعنى أنه يجب أن تتجمد فائدة سنة بتمامها حتى يجوز حساب فائدة لها (مادة ١٢٦)

٨ ـ إذا لم يشترط فى العقد أنه بفائدة فلا يترتب على المقترض فوائد إلا من يوم الإنذار بالوفاء أو من يوم المطالبة الرسمية أى إعلان الدعوى

٩ ـ إذا كان مشترطا فى العقد أن الوفاء يكون بعد ثلاث سنين على أن يدفع المقترض فوائد كل سنة عند انتهائها وتأخر عن الدفع سنة جاز للمقرض أن يطلب وفاء الدين كله طبقا للقواعد العامة

الفرع الثانى — فى وفاء قرض المال

يكون الوفاء فى الموعد المسمى فى العقد وفى محل المقرض إن لم يتفق الطرفان على محل آخر (مادة ٤٧٦) ويترتب على التأخير استمرار سريان الفائدة إن كانت مشروطة من الأصل أو سريانها إن لم تكن مشروطة

ويجوز للمقترض أن يرد الدين قبل الأجل بلا تعويض إذا كان الأجل مشترطاً فى منفعته دون منفعة المقرض

فإن كان فى منفعة المقرض دون المقترض أو فى منفعة الاثنين فلا يجوز له إرغام المقرض على القبول إلا إذا دفع الفائدة عن المدة كلها

وقد يشترط بعضهم تعويضاً يدفعه المقترض إذا أراد الوفاء قبل حلول الأجل وهو جائز إلا أنه يجب أن لا يكون من ورائه ربا يراد إخفاؤه

مثال ذلك — أقرض زيد بكراً ألف قرش على أن يردها ألفاً وتسعين بعد سنة واشترط أنه إذا ردها قبل حلول الأجل فعليه أن يدفع خمسين قرشاً وبعد مضى ثمانية أشهر أراد المدين وفاء دينه فإذا دفع التعويض وهو خمسون قرشاً وفوائد الأشهر الثمانية وهى ستون قرشاً كان المجموع مائة وعشرة قروش وهذا المبلغ يزيد عشرين قرشاً عن فائدة السنة كلها فيجب إنقاصه إلى تسعين

مبحث — فى الوفاء بطريق الاستهلاك

قد يثقل فى كثير من الأحيان على المدين وفاء القرض بأكمله فى أجل واحد وتسهيلاً للوفاء اتبعت طريقة الاستهلاك وهى أن يتفق الطرفان على أن المقترض يفى الدين أقساطاً متساوية فى آجال مقدرة فيؤدى كل سنة فائدة القرض وجزءاً من أصل الدين

وهذه الطريقة متبعة فى القروض الكبيرة المقدار التى تعقد مضمونة بالرهون العقارية وفى مصر كثير من المصارف المالية التى تشتغل على هذا النحو خاصة

ولا يختلف هذا النوع من القرض عن غيره إلا فيما يتعلق بكيفية الوفاء به

وينبغى أن يحتاط فى حساب الفائدة حتى لا تكون زائدة عما يجوز الاتفاق عليه منها

الفصـــل الرابـــع
فى الإيرادات المرتبة

الإيرادات المرتبة نوع من القرض بفائدة وهى صنفان :

الأول ـ الإيرادات المرتبة الدائمة

الثانى ـ الإيرادات المرتبة إلى أجل

الفرع الأول ـــ فى الإيرادات المرتبة الدائمة

قد يتعسر عقد القرض الدائم بين الأفراد لأنه يعرض المقرض إلى الخسارة إذا أفلس المقترض وهو يستعمل بين المصارف المالية والحكومات والمجالس البلدية والشركات الكبيرة لما فيه من تسهيل الأعمال الكبيرة على القائمين بها وسهولة دفع المرتبات عليها من دون أن تكون ملزمة برد الأصل إلى الدائن وكذلك يستفيد الدائن من هذه الطريقة لأنه فى أمن من إفلاس المدين إلا ما كان نادرا

والأحكام الخاصة بقرض المرتبات الدائمة هى :

١ ـ للمدين الحق فى الوفاء به متى أراد (مادة ٤٧٩)

ومع ذلك يجوز للدائن أن يشترط عدم جواز رد الأصل إلا بعد انقضاء زمن معين

٢ ـ ليس للدائن أن يطلب وفاء دينه إلا فى الأحوال الآتية (مادة ٤٧٩) :

أولا ـ إذا لم يدفع المدين المرتب

ثانيا ـ إذا لم يقدم الكفالات التى تعهد بها

ثالثا ـ إذا أخل بتلك الكفالات أى أضاعها كلها أو بعضها

رابعا ـ إذا أفلس

٣ ـ يجوز أن يكون الإيراد المرتب الدائم مقابل شئ غير القرض المالى كما لو باع زيد لبكر عقارا أو وهبه إياه واشترط عليه دفع مرتب سنوى بدل الثمن أو مقابل الهبة (مادة ٤٨١)

الفرع الثانى ـــ فى الإيرادات المرتبة المؤقتة

قرض المرتبات الوقتية هو الذى يشترط فيه أن يكون دفع المرتب محدودا بمدة معينة أو بحياة المقرض أو بحياة شخص آخر موجود وقت التعاقد وهو يكون بإقراض نقود أو بيع عقار أو هبة

فإذا ظهر أن الشخص الثالث متوفى فالعقد باطل (مادة ٤٨٠)

مثال ذلك : زيد أقرض بكرا مبلغا من المال أو باع له عقارا أو وهبه إياه على شرط أن بكرا يدفع له مرتبا سنويا قدره كذا مدة حياته أى زيد أو مدة حياة ابنه فلان أو مدة عشر سنين

ويجوز أن يكون المرتب نفسه هبة من المقرض كما لو وهب زيد بكرا مائة جنيه كل سنة أو أوصى بأن يدفع له من تركته مثل ذلك فى أجل محدود كما تقدم

وأحكامه الخاصة هى :

١ — يجوز الاتفاق على مرتب تزيد قيمته على الفائدة المقررة فى القانون ويترتب على ذلك :

(ا) أن القرض يصير ملكا تاما للمقترض

(ب) أنه لايجوز رده للقرض ليتخلص من دفع المرتب بغير رضائه

(ج) أن يعتبر المرتب السنوى كأنه جزء من الثمن الذى قد كان الطرفان يتفقان عليه

(د) إذا تأخر المقترض فى دفع المرتب أو لم يقدم التأمينات المشروطة أو أخل بها بعد تقديمها أو أفلس لا يجوز للقرض طلب رد القرض وليس له إلا طلب بيع أموال المقترض وتخصيص مبلغ كاف من ثمنها لأداء المرتبات المتفق عليها وله على ثمن مايباع حق امتياز البائع (مادة ٤٨٠)

٢ — يجوز أن يقرر المرتب للقرض وحده أو أن يشترك معه فيه غيره وأن يوزع مايحل بموت أحدهم على الباقى أو يعطى لأحد هؤلاء

٣ — يُكتسب المرتبُ يوما فيوما بمعنى أنه لو كان مشترطا دفع المرتب سنويا ومات مستحقه أثناء السنة فلورثته الحق فى جزء من المرتب بنسبة عدد الأيام التى مضت من السنة إلى يوم الوفاة

٤ — ينقضى التعهد بوفاة الشخص الذى اشترط دفع المرتب مدة حياته

الباب السابع

فى الوديعة

الوديعة تسليم شخص منقولا لشخص آخر ليحفظه عينا كما يحفظ ملكه الخاص ويرده متى طلبه صاحبه (مادة ٤٨٢)

ويسمى المالك مودعا

والذى استلم المال مستودعا ووديعا

والمال المودع وديعة وباسمه سمى العقد

والعادة أن تكون الوديعة بلا أجر للوديع (مادة ٤٨٢) ويجوز أن تكون مقابل أجر معين (مادة ٤٨٣)

والوديعة من العقود ذات الأهمية الكبرى ولا سيما فى المسائل التجارية

والعقد لا يتم إلا بتسليم الشئ للوديع ويجوز من المالك ومن ذوى اليد على الشئ المودع

الفصل الأول

فيما يترتب على الوديعة

الفرع الأول ـ فى واجبات الوديع

١ ـ يجب على الوديع أن يعتنى بصيانة الوديعة (مادة ٤٨٢)

٢ ـ الوديع مسؤول عن تقصيره الجسيم إن لم يكن مأجورا (مادة ٤٨٥)

فإن كان مأجورا فهو مسؤول أيضا عن تقصيره الخفيف وتتبع حينئذ فى العقد قواعد الاستصناع (مادة ٤٨٣)

٣ ـ لايجوز له استعمال الوديعة مطلقا ولا أن يتصرف فيها بأى نوع من أنواع التصرفات الأخرى فإن خالف فهو ضامن للمودع أجرا وما نقص من قيمة الوديعة أو ثمن مثلها (مادة ٤٨٦)

ويجوز معاقبته طبقا للمادة (٢٩٦ عقوبات) لأنه اؤتمن فخان

٤ ـ ليس له أن يطالب من المودع استلام الوديعة قبل الأجل المحدود (مادة ٤٨٤)

ومع ذلك إذا توفى الوديع وتصرف الوارث فى الوديعة وهو لا يعلم حقيقتها فليس عليه إلا دفع الثمن الذى قبضه حقيقة فإن لم يكن قبضه فعليه التنازل عن حقه للمودع قبل من أخذها

وكذلك كل من ناب عن الوديع (مادة ٤٩٤)

٥ ــ عليه رد الوديعة عند طلبها (مادة ٤٨٢)

و يتبع ذلك رد ثمرتها ونتائجها ودفع فائدة النقود من يوم الطلب إلى يوم الرد (مادة ٤٩٣)

و يكون الرد للمودع أو من يقوم مقامه قانونا كالوارث والوكيل المفوض له فى ذلك والدائن المقضى له (مادة ٤٨٧)

ومع ذلك إذا ظهر أن الشئ المودع مسروق وجب على الوديع أن يقدمه من نفسه إلى الجهة الرسمية المختصة (النيابة أو البوليس)

الفرع الثانى ــ فى واجبات المودع

يجب على المودع :

١ ــ أن يدفع الأجرة المقررة للوديع

٢ ــ أن يدفع له ما صرفه فى حفظ الوديعة وفى تحسين قيمتها

٣ ــ أن يعوضه عما يصيبه من الضرر بسببها (مادة ٤٨٨)

وللوديع حق حبس الوديعة إلى أن يوفى ماله من الحق فيه من ذلك (مادة ٤٨٨)

مبحث ــ فى هلاك الوديعة

الوديعة ملك المودع فهى تهلك عليه

فإن كانت بلا أجر وكان هلاكها بتقصير جسيم من الوديع فهو الضامن

وإن كانت بأجر وهلكت بقوة قاهرة فعلى المودع

فإن لم يكن الهلاك بقوة قاهرة فعلى الوديع (مادة ٤٨٩)

هذه هى أحكام الوديعة على وجه العموم وهناك أنواع أخر من الوديعة سنذكرها

الفصـــــل الثـانى
فى أنواع الوديعة

الفرع الأول ـ فى الوديعة اللازمة

هى التى يضطر المودع اليها فى أحوال مخصوصة كالغرق أو الحريق ولا يمتاز هـذا العقد عن غيره من عقود الوديعة إلا من حيث الإثبات فانه يجوز للمودع أن يثبت الوديعة بجميع الطرق القانونية ومنها الشهادة لحالة الاضطرار

الفرع الثانى ـ فى الوديعة الناقصة

هى التى يكون الشئ المودع فيها مما يقوم بعضه مقام بعض وليس على المودع لديه أن يردها عينا بل يكفى فيها رد المثل كوديعة النقود والبر وهى بذلك تقرب من عارية الاستهلاك إلا أنها تفترق عنها من حيث وجوب ردها عند أول طلب من المودع

والوديعة فى صناديق التوفير من هـذا النوع لأن النقود التى تودع فى الصناديق المذكورة تحفظ فى خزائن الحكومة فتختلط بالنقود الموجودة فيهـا ومتى طلب المودع وديعته أعطى مثلها من الموجود بالصندوق

وهناك فرق آخر من جهة الربح

والأصل أن الوديع لا يلتزم بفائدة للمودع عن النقود المودعة

لكن يجوز اشتراط ذلك كما هو الحال فى صناديق التوفير وفى البنوكة وكذلك يضمن الوديع الفوائد من يوم طلب تسليم الوديعة كما تقدم

الفرع الثالث ـ فى الوديعة الجارية

هى وديعة المتاع فى الفنادق والوكائل والحمامات وأماكن حفظ الملابس فى الملاهى وعند متعهد النقل

وسميناها الوديعـة الجارية لأنها تقع بطبيعة الحال والعرف هو الذى قضى بها ولأنها عامة ويومية

فإذا نزل المسافر فى الفندق كانت أمتعته وديعة عند صاحبه وكذلك إذا دخل الملهى وسلم رداءه وعصاه إلى الشخص الموكل بحفظها وإذا سلم البضاعة إلى صاحب عربة النقل أو إلى المتعهد بذلك

وبمجرد إدخال المتاع إلى الفندق كاف وحده فى قيام الوديعة بل إن تسليمها لخادم الفندق من المحطة كاف فى ذلك

وتتفق الوديعة الجارية والوديعة اللازمة فى جواز الإثبات بالشهود إذ من المتعذر أخذ صك بها لمخالفة ذلك للعادة ولصعوبة التعامل على هذه الصفة بالضرورة

والوديع فى جميع هذه الأحوال ضامن لهلاك الوديعة إلا إذا أثبت أنه حصل بقوة قاهرة (مادة ٤٨٩)

ويلاحظ أن مسؤوليته قاصرة فى الأصل على الظرف لا على المظروف إلا إذا كان ذلك قد عرض عليه وسلم إليه عينا

مثال ذلك : نزل مسافر فى فندق وأودع فيه حقائبه كالعادة فضاعت إحداها وكان بها نقود أو أوراق ذات قيمة أو حلى أو متاع ، يضمن صاحب الفندق الحقيبة وهى الظرف وأما ما ادعى صاحبها أنه كان فيها وهو المظروف فلا ضمان فيه إلا إذا أثبت المسافر أنه كان فى الحقيبة

ولا تقبل الشهادة فى هذه الحالة لأن المسافر لم يكن مضطرا إلى ترك هذه الأشياء فى الحقيبة من دون أن ينبه صاحب الفندق إليها

ومع ذلك يجوز له إثبات الملابس وأدوات السفر بشهادة الشهود لأن الأصل أن مثل تلك الأمتعة هو الذى يودع فى حقائب السفر

وما قيل هنا يقال فى المكارى ومتعهد النقل

وليست مسؤولية صاحب الفندق قاصرة على ما يقع من عماله بل تشمل أيضا حالة ما إذا كان الفعل الموجب للضمان صادرا من أحد المسافرين أو من أحد الذين يختلفون إلى الفندق

ولا يتخلص الوديع وعلى الأخص صاحب الفندق من الضمان إلا إذا أثبت أن الوديعة فقدت أو تلفت بقوة قاهرة كالغرق أو الحريق أو السرقة بالإكراه (لا السرقة العادية)

وكذلك إذا أثبت تقصير المسافر كما لو أهمل غلق باب مخدعه وحفظ المفتاح معه أو عند الخادم المخصص لذلك

وقد جرت عادة أصحاب الفنادق أنهم يعلقون فى المخادع إعلانات بأنهم غير مسؤولين إلا عن الودائع التى تسلم إليهم تفاديا بذلك من التبعة الملقاة عليهم

إلا أن مثل هذا الإعلان لاينفى الضمان عنهم لأنهم ملزمون به بمقتضى القانون لمنفعة المسافرين فهناك عقد ولا يجوز للمتعهد أن يتخلص من تعهده بإرادته وحدها

وينبغى للقاضى أن لا يفوته فى تقدير التعويض ملاحظة تقصير المسافر بعدم إخطاره صاحب الفندق بما قد يكون فى حقائبه من الأمتعة ذات القيمة ليتخذ الحيطة لها أو بعدم تسليمه إياها ليحفظها عنده

وعلى كل حال ينبغى فى تقدير القيمة اعتبار شأن المسافر وما قد يقدر له صاحب الفندق فى نفسه من المنزلة والاعتبار عادة بحسب حالته ومكانته

الفرع الرابع — فى الحراسة

الحراسة وديعة اختيارية أو قهرية

المبحث الأول — فى الحراسة الاختيارية

هى أن يتفق اثنان تنازعا فى شئ من المنقولات[1] على إيداعه عند ثالث حتى ينتهى النزاع وحكمها حكم الوديعة إلا أنه يجب على الوديع هنا أن لايسلمها إلا لمن يتفق المتعاقدان عليه أو لمن تعينه المحكمة فى حكمها (مادة ٤٩٠)

ويجوز أن يكون الإيداع بمقابل للوديع (مادة ٤٩٢)

المبحث الثانى — فى الحراسة القضائية

هى إيداع الشئ الموضوع تحت القضاء عند شخص معين بأمر المحكمة إن كانت المصلحة قاضية بذلك

ويجوز أن يكون الحارس أحد الخصمين (مادة ٤٩١)

(١) وتجوز الحراسة الاختيارية فى العقار

مثلا : إذا كان موضوع الخصومة عقارا وخيف من بقائه فى يد من هو فى حيازته جاز للقاضى بناء على طلب الخصم الآخر أن يعين له حارسا يحفظه ويحفظ غلته إلى أن ينتهى النزاع

والأحكام الخاصة بالحراسة القضائية هى الآتية :

١ ــ الحارس القضائى مأجور عادة بل إنه على الدوام كذلك وقد تكون اجرته باهظة جدا

ولذلك ينبغى للقاضى أن لايفرط فى تعيين الحراس القضائيين وأن لايستعمل هذا الحق إلا إذا كانت مصلحة الطرفين لاتقوم إلا بالحراسة

وأجرته تلزم كل واحد من الخصوم قبل الحكم وتلزم من حكم عليه بالمصاريف بعده وله أيضا طلبها ممن حكم له بملكية العقار

٢ ــ الحارس لايسلم الوديعة إلا لمن تقضى له المحكمة بذلك

٣ ــ الحارس ملزم باتباع نص الحكم فيما يجريه من الأعمال

فإن لم ينص الحكم على ذلك فله اختصاص مدير الأعمال أى الوكيل العام

٤ ــ يسأل الحارس القضائى عن نتائج تقصيره الخفيف

الباب الثامن

فى الشركات وقسمة الأموال[1]

الشركات من أكبر المؤثرات فى نماء الثروة العمومية والخصوصية وهى قوة كبيرة فى يد الأمم المتحضرة تمتد بها فى الآفاق وتتطاول إلى ما بين الأرض والسماء وتخضع الطبيعة إلى سلطانها وتسهل كل أمر عسير على الفرد ولا غرابة فى ذلك فإن يد الله مع الجماعة والمرء ضعيف بنفسه قوى بإخوانه

أصبح الشأن الأول للشركات فى جميع أحوال الأمم الاقتصادية من زراعة وصناعة وتجارة ولها أسواق عامة هى ميزان حركة المعاملات ونبراس يهتدى به كل سار فى الأخذ والعطاء وقد اهتم بها العلماء والقانون فى العصر الحاضر اهتماما يليق بمالها من الفضل العظيم فى تدبير المنافع الكلية وتوفير الرغد وتحسين حال المجتمع وهناء الناس

الشركات نوعان : مدنية وتجارية والأولى دعامة الثانية تأخذ عنها أصولها العامة وترجع إلى أحكامها الرئيسية (مادة ٤٤٧) ولا تخرج عنها إلا لمقتضيات خاصة وأسباب كلها مبنية على تسهيل المعاملات وتوفير وقت التجار وتخليص طريق العمل من تعقيدات النصوص وتحكم الشراح

والثانية أهم من الأولى و إن كانت فرعا منها لكنه فرع نما وتطاول وتفرع فاحتاج إلى فراغ أوسع مما يحتمله بيت العائلة واضطر الشارع أن يفرده بقانون خاص سمى قانون التجارة وما هو إلا قانون الشركات

وعلى ذلك ينحصر القول هنا فى الشركات المدنية

وقد أوجز قانوننا إيجازا معجزا فى الكلام على الشركات المدنية فجاء الكثير من نصوصه كالأحاجى ويتعذر على من لم يقرأ باب الشركات فى قانون التجارة أن يفهم منه إلا يسيرا لا ينتفع به طالب فائدة فلم يذكر أنواع الشركات ليفصل بين المدنى والتجارى ورتب أحكامه على وجوديات مفروضة فى ذهن واضعه ولم يأت ذكر لأنواع الشركات إلا ما ندر من أسمائها فى مادة هنا ومادة هناك فمن المادة (٤٣٩) يتصيد القارئ شركة التوصية وشركة المساهمة . ومن المادة (٤٤٥) يفهم أن هناك شركة تسمى شركة

(١) زدنا قسمة الأموال لأن القانون أتى فى الباب بالنصوص المتعلقة بها وكانت الأولى إفرادها بباب خاص أو التنبيه عليها فى العنوان

التضامن لقولها « أحد الشركاء الغير المتضامن » (كذا النص) ولا يجد ذكرًا للشركة المحاصة مع كونها هى نموذج الشركات المدنية

ولعله لاحظ ضعف الشركات المدنية وسقوط منزلتها بتقدم التجارة واتساع شركاتها فلم يأت فى القانون المدنى إلا بإشارات يفهمها أبناء القانون التجارى من طرف بعيد

وقد حدانا إيجازه إلى الإيجاز ولم نخالفه إلا فى مقدمة صغيرة نذكر بها أنواع الشركات ومميزاتها العامة تسهيلا لإدراك بعض الأحكام التى وردت مبهمة للأسباب التى أوضحناها

ثم نختم الكلام على الشركات بمطلب نذكر فيه نوعين آخرين يشبهان الشركة المدنية وهما الشيوع والجمعيات :

الشركات قسمان كبيران : تجارية ومدنية

الشركات التجارية ثلاثة أنواع (مادة ١٩ تجارة) :

شركة التضامن

شركة التوصية

شركة المساهمة

ويلحق بها شركة رابعة هى شركة المحاصة

شركة التضامن — عقد بين اثنين أو أكثر يتفقان فيه على الاتجار معا فى عمل أو أعمال معينة برأس مال مقدر يتألف من أجزاء يقدم بعضها كل شريك وكل جزء من تلك الأجزاء يسمى سهما

أعضاء هذه الشركة متضامنون فى تعهداتها قبل الغير يوفون بأموالهم ما نقص من ديون الشركة بعد نفاد ما لها . ولها مركز أى محل يختلف إليه فى جميع أشغالها وما يتعلق بها

ولها اسم هو اسم أحد الشركاء أو أكثر يسمى عنوانا

ولها عمل معين تتجر فيه

ولها مدة تدوم إلى أن تنقضى إلا إذا وجد عارض يحلها

ولها مدير أو أكثر

ولها عقد رسمىّ أو غير رسمىّ يبين فيه ذلك كله ويسجل ملخصه فى قلم كتاب المحكمة التى يكون فى دائرتها مركزها ثم ينشر فى إحدى الصحف التى تطبع فى البلدة التى بها مركز الشركة تختار من الصحف المقررة لنشر الإعلانات القضائية ويشمل أسماء الشركاء وألقابهم وصفاتهم ومساكنهم وعنوان الشركة وأسماء المأذونين بالإدارة وبالتوقيع عن الشركة وما جمع من رأس مالها وما وجب تحصيله ووقت ابتداء أعمال الشركة وزمان انقضائها

وتوفى هذه الاجراءات كلها فى خمسة عشر يوما من تاريخ توقيع عقد الشركة وإلا فالشركة لاغية

مبناها ثقة كل شريك بباقى الشركاء لذلك تحل بموت أحدهم ولا يسوغ لشريك أن يُحلّ غيره محله إلا بإذن من الآخرين حتى فى حالة الموت لايحلّ ورثة الشريك محله إلا برضا باقى الشركاء

شركة التوصية ــ كشركة التضامن فى جميع ماتقدم بيانه وتختلف عنها فيما يأتى :

شركاء التوصية قسمان : متضامنون وغير متضامنين ويقال لهم موصون ويصفتهم سميت الشركة وإدارتها فى يد الشركاء المتضامنين وعنوانها باسم واحد منهم أو أكثر وتبعة هؤلاء غير محدودة أمام الغير كما تقدم وتبعة الموصين على قدر سهام كل واحد منهم وكل من عمل منهم عملا باسم الشركة أصبح متضامنا

شركة المساهمة ــ شركة عنوانها الغرض منها لا اسم أحد الشركاء ، ولا تضامن فيها

يديرها مدير أو أكثر بالانتخاب لمدة معينة من الخارج أو بين الشركاء

يجب لقيامها أمر من الجناب العالى بناء على قرار من مجلس النظار

وينشر مع عقدها بالصورة المتقدم ذكرها

سندات أسهمها غالبا لحاملها فتنتقل ملكيتها بالتناول من يد إلى أخرى مع ذكر الانتقال فى دفاتر الشركة

ماأسس منها فى القطر المصرى فهو مصرىّ

لايُسأل الشريك إلا على قدر ماله من السهام

شركة المحاصة ـ شركة ليس لها عنوان شركة ولا رأس مال شركة وهى تتكون لعمل واحد أو أكثر وتنقضى بانقضاء العمل أو الأعمال التى تألفت للقيام بها . قانونها عقدها ولا يشترط فيه شئ مما اشترط فى عقود الشركات الأخرى ، ويكفى فى إثباتها تقديم دفاترها أو الخطابات المتبادلة بينها وبين الغير

الشركات المدنية نوع واحد هو شركة المحاصة يلتفت فيها إلى ثقة كل شريك بالشركاء الآخرين تشبه شركة التضامن فى أن كل واحد من الشركاء مسؤول بقدر نصيبه عن ديون الشركة فى أمواله الخاصة إذا لم تف أموال الشركة ونفترق عنها بعدم تضامن الشركاء فى ذلك وهى تتكون لعمل واحد أو أكثر ولا يجب فيها شئ مما وجب فى الشركات التجارية غير ما ذكر

وفائدة التفريق بين القسمين أن الشركة المدنية مستترة لا يلزم نشر عقدها ولا تسجيله ولا تسرى عليها أحكام التفليس والمحاكم المدنية هى المختصة بنظر خصوماتها وغير ذلك

شخصية الشركات المدنية

ليس فى القانون نص يقضى باعتبار الشركات المدنية أشخاصا اعتبارية ولكن الغالب فى القضاء الأهلى اعتبارها كذلك

ونصوص القانون تفيد أنه يفرق بين كل شريك وبين شئ يسميه الشركة فيفرض على الشريك واجبات نحوها راجع المواد (٤٢٦ ـ ٤٢٩) ولا معنى لهذا التفريق إلا إذا سلم بأن الشارع يعطى الشركة صفة الشخص الاعتبارى وعلى ذلك أيضا جرى القضاء المختلط

وسيبقى الموضوع محلا للخلاف حتى يفصل فيه بنص قانونى أما نحن فلا نرى رأى القضاءين لأن الشخص الاعتبارى مخلوق استثنائى وأخذ الاستثناء بالظن غير مسلم وسنعود إلى ذلك (راجع ص ٣٢٨)

فى إثبات عقد الشركة

إثبات عقد الشركة المدنية تابع للقواعد العامة فيجوز إثباتها بجميع الطرق القانونية ومنها شهادة الشهود وذلك لأن القانون لم يشترط دليلا خاصا وكل مالم يرد به نص فى موضوع العقد يبقى فيه طبقا للقواعد العامة

الفصـــــل الأول
فى أركان الشركة

الشركة عقد بين اثنين أو جماعة يختصص به كل واحد منهم سهما من المال لتكوين مجموع يستخدم فى عمل سائغ لهم غنمه وعليهم غرمه (مادة ٤١٩)[1]

والأركان الأربعة العامة اللازمة فى كل عقد لازمة فى الشركة وهى الرضا والأهلية والموضوع والسبب الجائز

ومن الأغراض التى يحظرها القانون فى الشركات تهريب الممنوع تفاديا من رسوم الكمرك ، وخلط المأكولات والمشروبات بما ليس من مادتها ، وكل غرض يعبث بقوانين الثروة العامة أو يدلس به على الناس و يغرهم فيما يقدم اليهم من السلع والمتاجر . وكل شركة تحدت غرضا من هذا القبيل باطلة لا أثر لها فى نظر القانون بحال حتى لقد غالوا فى تطبيق هــذه القاعدة وأجمعوا على أنه لا يجوز لأحد الشركاء فى شركة لها مثل ذلك الغرض أن يطالب نصيبه فى الربح ممن هو فى يده لأنه ربح حرام ولم يعبؤوا بما يترتب على هذا المنع من معاملة القابض على السحت معاملة أخف وأصلح له من معاملة القابض على الحلال

ولعل المقنن يفطن لهذا وأمثاله ويضع من النصوص ما يوجه ذلك الربح الممنوع إلى عمل من أعمال النفع العام

لعقد الشركة شروط خاصة :

أولها ـ أن يقدم كل شريك قسما من المال يقال له حصة

الثانى ـ أن تضاف حصص الشركاء ليتكون منها مجموع واحد يسمى رأس المال

الثالث ـ أن يكون الربح والخسارة على الجميع

الفرع الأول ـــ فى الحصص

الغالب أن تكون الحصة مالا من النقد إلا أن ذلك ليس شرطا ويجوز أن تكون الحصة عقارا أو منقولا أو مجرد العمل (مادة ٤٢٠)

والمراد بالعمل ما يكون لبعض الشركاء من الخبرة بأمر خاص كما لو كان كاتبا أو محاسبا أو مهندسا فهو يقدم خبرته إلى الشركاء و يعتبر ذلك سهما له فى رأس المال

(١) عدلنا عن تعريف القانون لأنه قاصر من جهة ومبهم من جهة أخرى

ويجب أن تكون الحصة التى يقدمها كل شريك فى رأس المال معينة كألف قرش أو العقار المبينة حدوده وأوصافه أو المتاع المعروف بمميزاته وهكذا ويجوز أن يضع أحد الشركاء جميع أمواله فى الشركة وفى هذه الحالة يجب حصرها و بيانها بيانا كافيا فى قائمة خاصة (مادة ٤٢٢)

ولا يجب أن تكون الحصص متساوية بل يجوز تفاوتها

وحصة الشريك الذى قدم عمله مقابل ما خصه من رأس المال تعتبر مساوية لأقل حصة قدمها الشركاء عينا (مادة ٤٣١)

فإن وضع ذلك الشريك حصة عينا غير عمله كان له منها نصيب خاص بحسبها

الفرع الثانى — فى رأس المال

رأس المال هو مجموع حصص الشركاء وهو كل قائم بذاته مستقل عن حقوق الشركاء وواجباتهم وله أحكام خاصة

ولذلك تعتبر الحصص التى تكون رأس المال ملكا للشركة (مادة ٤٢١)

فإن كانت الحصة ملكا تاما فهو لها وإن كانت حق انتفاع أو حق ارتفاق صارت الشركة مالكة له تتصرف فيه بما يقتضيه العقد وإذا هلك أو تلف فعلى الجميع

وقد يشترط خلاف ما ذكر (مادة ٤٢٤)

الفرع الثالث — فى الاشتراك فى الربح والخسارة

يجب أن يكون العقد قاضيا بقسمة الأرباح بين الشركاء وتوزيع الخسارة عليهم ومن هنا ينبغى تعيين نصيب كل واحد فى الربح فإن لم يذكر ذلك فى العقد كان النصيب على نسبة الحصة فى رأس المال (مادة ٤٣٠)

ويجب كذلك بيان سهم كل واحد منهم فى الخسارة فإن سكت العقد عن ذلك كان سهم كل واحد فى الخسارة مساويا لنصيبه من الربح (مادة ٤٣٣)

ولا يجوز أن يشترط فى عقد شركة أن لايكون لواحد من الشركاء نصيب من الربح ولا أن لايلزمه سهم فى الخسارة فيسترجع رأس ماله سالما منها (مادة ٤٣٤)

إذ لو اشترط عدم الربح لكان ذلك غرما بلا غنم إلا إذا تبرع الشريك نفسه بحصته فى رأس المال وحينئذ يخرج من الشركة لأن قوامها أمل الربح وخوف الخسارة ولأن اشتراط عدم الخسارة يجرى على إهمال شأن الشركة خلافا لما وجب على كل شريك من الاعتناء بأعمالها والاهتمام بما يفيدها

ويستثنى من ذلك الحكم الشريك الذى دخل فى الشركة بعمله فيجوز أن يشترط عدم تحميله شيئا من الخسارة لكن لايكون له فى هذه الحالة أجر خاص على عمله غير نصيبه فى الربح (مادة ٤٣٤)

الفصـــــــل الثـانى

فيما يترتب على الشركة

لعقد الشركة آثار تظهر فى تعهدات الشركاء وحقوقهم وفى أعمال الشركة مع الغير وفى إدارتها وما يتفرع على ذلك

الفرع الأول — فى تعهدات الشركاء للشركة

يترتب على عقد الشركة إلزام كل شريك نحوها بما يأتى :

١ — يجب على كل شريك أن يؤدى حصته فى رأس المال فى الوقت المتفق عليه فى العقد (مادة ٤٢٣) وعليه ضمان هذه الحصة (مادة ٤٢٥) أعنى أنها إذا لم تكن ملكا له واستحقت لأجنبى كان ملزما بتقديم حصة أخرى فضلا عن ضمانه ما يلحق الشركة من الخسارة بسبب هذا الاستحقاق

وإذا تأخر الشريك فى أداء حصته فى رأس المال يضمن مايترتب على تأخيره للشركة بشرط أن تطالب الشركة بالأداء طلبا رسميا

فإن كانت حصته نقدا فعليه فائدتها من يوم الطلب

ولا يجوز له أن يحتج بكونه جلب ربحا للشركة فيطلب المقاصة بين ماناله من الربح والخسارة بفعله (مادة ٤٢٦)

٢ — يجب على كل شريك أن يعتنى بمنافع الشركة وتدبير مصالحها اعتناءه بمصالح نفسه (مادة ٤٢٨)

فإذا فرض أن زيداً مدين لأحد الشركاء فى ألف قرش وللشركة فى مثلها ثم دفع المدين ألفاً للشريك من دون أن يذكر أنه يدفع دين الشريك أو دين الشركة أو أنه يريد قسمة المبلغ بين الاثنين يجب على الشريك الذى استلم المبلغ أن يقسمه مناصفة بينه وبين الشركة

٣ — يجب على الشريك أن يتحمل فى الخسارة بقدر نصيبه فى الربح إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك كما تقدم (مادة ٤٣٣)

وعليه إذا خسرت الشركة أكثر من رأس المال وجب على كل شريك أن يتحمل سهماً مناسباً لذلك النصيب

٤ — الشريك ملزم حتماً بفوائد المبالغ المدين بها للشركة (مادة ٤٢٧)

٥ — يجب على الشريك أن يبقى على شركته ولا يجوز له أن يخرج عن حصته فيها لغيره إلا إذا وجد بذلك شرط صريح فى العقد (مادة ٤٤٦)

الفرع الثانى — فى حقوق الشركاء على الشركة

للشركاء على الشركة الحقوق الآتية :

١ — لكل شريك نصيب فى الربح بحسب ماقدر له فى العقد أو بنص القانون كما تقدم بيانه

٢ — له فائدة المبالغ المطلوبة له منها والحق فى الاستعاضة عما صرفه فى منفعة الشركة بشرط أن يكون الصرف فى الوجوه اللائقة عادة وبدون غش ولا تدليس (مادة ٤٢٧)

٣ — لكل شريك الحق فى معرفة إدارة أعمال الشركة (مادة ٤٤٠) [1]

٤ — لكل شريك أن يشرك غيره فى أرباحه من الشركة إلا أن هذا الغير لا يدخل بذلك فى الشركة بل يبقى أجنبياً عنها (مادة ٤٤٦) وهناك مثل يقولونه فى هذه الحالة وهو شريك الشريك غير شريك

٥ — ما يستحقه أحد الشركاء على الشركة واجب على جميع الشركاء فإن أعسر أحدهم قسم نصيبه بين الباقين (مادة ٤٢٩)

(١) جاء فى النص : (للشركاء الذين ليسوا مديرين للشركة الحق الخ) وهو يوهم أن هذا الحق ممنوع عن الشريك المدير وهو غير مسلم لأن غاية الأمر أن الشريك المدير عالم بإدارة الشركة من طبيعة الحال وهذا هو ما قصده الشارع بلفظ تعدى مراده

الفرع الثالث ـ فى حقوق الغير على الشركة

لا تلتزم الشركة للغير بحق إلا إذا كان التعاقد عليه حاصلا بينه وبينها بحسب نوعها أعنى مع المديرين أو المدير المسؤول أو مع أحد الشركاء الذين لهم بمقتضى طبيعة الشركة أو بإذن خاص أن يتعاقدوا عنها

وكل شريك عقد مشارطة باسمه مع أجنبى ملزم وحده دون الشركة لهذا الأجنبى إلا إذا كانت الشركة تجارية أو شركة محاصة وليس للأجنبى حق الرجوع على الشركة بناء على ذلك العقد (مادة ٤٤٢)

فإن كان الشريك مأذونا بالتعامل مع الغير باسم الشركاء أو باسم الشركة كان جميع الشركاء ملزمين لهذا الأجنبى بالسوية بينهم

ويكون تعهدهم هذا بدون تضامن إلا إذا وجد شرط يقضى بغير ذلك (مادة ٤٤٣)

ومع ذلك أى سواء تعاقد الأجنبى مع الشريك باسمه أو باسم الشركاء أو الشركة إذا نال الشركة ربح من العمل الذى تعاقد عليه جاز له أن يطلب من كل شريك قسما من حقه بنسبة ما يصيبه فى الربح الناشئ عن ذلك العمل (مادة ٤٤٤)

الفصل الثالث

فى إدارة الشركة

يجوز أن تدار الشركة من جميع الشركاء فيوزعون الأعمال على أنفسهم ويقوم كل واحد منهم بما خُصص له إلا أن ذلك لا يتأتى فى غير الشركات الصغيرة والتى لا يزيد فيها عدد الشركاء عن اثنين أو ثلاثة أما الشركات ذات الأعمال الكبيرة فلا تسهل إدارتها بغير شخص واحد أو أشخاص قليل العدد على حسب الأحوال

وقد أجاز القانون للشركاء أن يعينوا للشركة مديرا واحدا أو أكثر (مادة ٤٣٥) سواء انتخبوه من بينهم أو اختاروه من غيرهم (مادة ٤٣٦)

والتعيين يكون فى عقد الشركة أو بعده باتفاق الشركاء (مادة ٤٣٧)

ويجب أن تدار الشركة طبقا للغرض الذى جعله الشركاء غايتهم فى العقد فلا يجوز للمديرين أن تعتدى ولا للشركاء أنفسهم بأكثرية الآراء أن يعملوا عملا مخالفا لذلك الغرض

وكذلك لا يجوز لهم أن يطلبوا من الشركاء مالا جديدا غير الحصص التى دفعوها بمقتضى العقد .

ويستثنى من ذلك حالتان :

الاولى ــ إذا كان المال مطلوبا لدفع دين على الشركة

الثانية ــ إذا كان لازما للصرف منه فى حفظ أموالها

ومع ذلك فنيل هذا الطلب الأخير ممنوع فى شركة التوصية وشركة المساهمة (مادة ٤٣٩)

إذا لم يعين للشركة مدير كانت إدارتها بيد جميع الشركاء و يعتبر كل واحد منهم مأذونا عن الباقين بالإدارة وله إدارة العمل كله وحده

فإذا اختلفت الآراء على عمل يتبع فيه رأى الأغلبية (مادة ٤٣٨)

الفصل الرابع

فى انقضاء الشركة

تنقضى الشركة بأحد الأسباب الآتية (مادتى ٤٤٥ و ٤٤٦) :

١ ــ انتهاء الميعاد المحدد للشركة

٢ ــ انتهاء العمل الذى انعقدت لأجله

٣ ــ هلاك مال الشركة كله أو هلاك القسم الأكبر منه بحيث لا تمكن إدارة عمل نافع بالباقى

٤ ــ موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه إن لم يشترط خلاف ذلك

ويستثنى من ذلك الشركات التجارية فإن وفاة أحد الشركاء غير المتضامنين أو الحجر عليه أو إفلاسه لا يوجب انقضاء الشركة

٥ ــ اتفاق جميع الشركاء

٦ ــ انفصال أحد الشركاء عن الشركة إذا كانت مدتها غير معينة ، ويشترط لانقضاء الشركة بناء على هذا السبب أن لا يكون الانفصال مبنياً على غش وأن لا يكون فى وقت غير لائق

٧ ــ حكم القضاء

وتفسخ الشركة قضاء إذا طلب أحد الشركاء فسخها لأحد الأسباب الآتية :

(أ) عدم قيام أحد الشركاء بوفاء ما تعهد به

(ب) وقوع نزاع شديد بين الشركاء يمنع جريان أعمال الشركة كما ينبغى

(ج) أى سبب هام آخر يقتضى الفسخ

فصــــــل

فى الشـــيوع والجمعيـات

فـــرع ــ فى الشـــيوع

العادة أن الملك الواحد يكون لمالك واحد

لكن قد يطرأ من الحوادث الاختيارية أو غير الاختيارية مايجعل المال مملوكا لكثيرين وذلك يقع فى حالة الشراء على الشيوع وحالة الإرث

وللشيوع أحكام خاصة سواء كان سببه الشراء أو الإرث وهى :

١ ــ الشيوع حالة وقتية يصح زواله فى كل حين لأن من الأصول المقررة أن الإنسان غير مكره على البقاء فى الشيوع

فلكل شريك فى الملك الشائع أن يقتسمه مع شركائه متى شاء

ومع ذلك يجوز للملاك فى الشيوع أن يشترطوا البقاء عليه زمنا محددا فيكون هناك عقد يلزمهم جميعا بعدم طلب القسمة قبل حلول الأجل

٢ ــ ينتفع المشتركون فى الملك معا بجميع أنواع الانتفاع الشرعى فيسكنون ويُسكنون ويزرعون ويؤجرون ويقتسمون الغلة والثمرة بحسب أنصبائهم وينفقون على صونه ويحتملون مغارمه كذلك ومن انفرد بالإنفاق رجع على الآخرين بما أنفق إلا مايصيبه

٣ ــ لهم جميعا أن ينيبوا أحدهم فى القيام على إدارة الملك واستغلاله فيعمل حينئذ عن نفسه وبالوكالة عن الباقين وعليه واجبات الوكيل وله حقوقه طبقا لنصوص العقد والقانون

وقد تكون الوكالة ضمنية وذلك هو الغالب فى أحوال الشيوع الناجمة عن الإرث

ولا فرق بين الوكالة الضمنية والوكالة الصريحة

٤ ــ يد المدير يد عارضــة على أنصباء غيره فلا يملكها وإن طالت المدة إلا إذا غير صفة يده وانقطعت الصلة بينه وبينهم ثلاثا وثلاثين ســنة فى الموروث وخمس عشرة سنة فى غير الموروث لايحاسبهم فى أثنائها ولا يعطيهم شيئا من نصيبهم فى الغلة والثمرات وإن يسيرا

ومن العادات المعروفة فى القرى بين الأقارب من الطبقة الرفيعة على الأخص أن النساء لايطالبن حقوقهن فى الإرث من إخوتهن ولكن هؤلاء يصلونهن فى كل سنة أو من حين إلى حين بصلات على صنوف مختلفة وهذه الصلات تكفى عندنا فى بقاء اليد يداً عارضة وإن تعاقبت يد بعد أخرى ولا أذكر أن المسألة عرضت على القضاء

٥ ــ يجوز أن يفرز نصيب واحد من المشتركين فى الملك الشائع وأن يبقى الآخرون على الشيوع

ويجوز أن يفرز له أقل من النصيب ليتفرد بالعيش منه ولا يكون ذلك مؤديا إلى خروجه من الشيوع فيبقى على ملكه وله الاقتسام متى أراد إلا إذا ظهر من أحوال عزلته أنه ترك مابقى له من النصيب

٦ ــ لايكون التصرف فى العين كلها إلا برضا المالكين كلهم وللواحد منهم أن يتصرف فى نصيبه شائعا كما يشاء لمن يشاء فإذا حصلت القسمة تخصص تصرفه فى الجزء الذى وقع له

أما إذا عين ماتصرف فيه فالتعيين باطل والتصرف صحيح على الشيوع إلا إذا أجازه باقى الشركاء أو وقع الجزء الذى عين فى نصيبه بمقتضى القسمة

فــرع ــ فى الجمعيات

الجمعية لفيف من القوم اتفقوا على استخدام معارفهم أو أموالهم أو الاثنين فى جلب منافع معينة لأنفسهم أو لغيرهم كالجمعيات الخيرية على اختلاف مسمياتها والجمعيات الأدبية والجمعيات الفنية والصناعية والدينية

وتمتاز هذه الجمعيات عن الشركات بكونها لاتفكر فى الربح ولا تعمل لأجله من حيث هو وإذا فكرت فيه أو عملت لتوفيره فلأجل أن تستعمله فى تحسين ماأخذت على نفسها القيام به من الأعمال دون أن يكون لأفرادها مطمع شخصى فيه

وهى تمتاز عن الاجتماعات بدوامها لأنها لانهاية لها بنص فى عقد وجودها ولا فى القانون ولا بطبيعة عملها وما دام عملها سائرا فى الخاقة المثلى والمصرف عليه ميسورا فهى باقية إلا خالف بفرق أعضائها

وليس فى القانون نص يختص بالجمعيات فوجودها إذن خاضع للقواعد العامة من حيث العقد وأركانه ولكن فقدان النص مهدد لوجود الجمعيات لكونه يجعلها هدفا للاضطراب الذى لاتعرف كيف تدفعه عن نفسها الا بأصالة الرأى والحكمة

وقد ساعدها القضاء المختلط فأقر لها الشخصية الاعتبارية بحجة أنها لاتؤتى ثمرتها إلا إذا جاز لها التعامل والملك على الأخص بعنوان أنها جمعية

وهو افتيات على حقوق الشارع لأن الشخصية الاعتبارية وجود حكمى أى استثنائى كما قدمنا (ص ٣١٩) جاء بغير نظير وما ثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه :

ذلك كان مذهب الشرعيين والقضاء فى فرنسا وهم الذين أخذنا عنهم نصوص قانوننا ولم يجرأ النقض والإبرام عندهم على القضاء للشركات المدنية بأنها أشخاص اعتبارية إلا منذ سنة ١٨٩١ أما الجمعيات فكانت أبعد عن الحظوة بمثل هذا الاعتبار بل كانت تتراوح بين الوجود والعدم تبعا لشدة تمسك الحكومة بحقها المطلق أو تساهلها فى مراقبتها والأخذ على يدها ودام هذا شأنها إلى سنة ١٩٠١ حيث سن لها قانون خاص لم تمنح فيه الشخصية الاعتبارية إلا بشروط وقيود غير يسيرة على أنها لم تمنح جزافا وفرقوا بين جمعية وأخرى وفقا للغرض الذى تتوخاه كل واحدة منها

نعم يوجد فى مصر جمعية لها هذه الصفة وهى الجمعية الخيرية الاسلامية (راجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية الصادر فى استئناف حسن باشا توفيق ضد الجمعية الخيرية الاسلامية بتاريخ ٢٣ ابريل سنة ١٩٠٦)

لكن الجمعية الخيرية الاسلامية أنشئت بناء على إرادة سنية من الجناب العالى الخديوى وبقرار رسمى من ناظر الداخلية ورئيس مجلس النظار وهذا هو الذى كان سندا لمحكمة الاستئناف فى إصدار حكمها المشار إليه

وعليه لايعتبر شخصا اعتباريا إلا الجمعية المرخص بوجودها

الفصل الخامس

فى قسمة الشركات والملك الشائع [1]

القسمة عمل يخرج المالك من ملك مشترك إلى الاستقلال بملك خاص يستأثر بالتصرف فيه دون باقى الشركاء

(١) عنوان القانون (فى قسمة الشركات وغيرها) وليس غيرها إلا الملك الشائع وقد ذكره الشارع فى مطلب خاص بعد الفصل السابق فرأينا أن نبدل هذا العنوان من عنوان القانون

وقد علمنا مما تقدم أن الاشتراك فى الملك ثلاثة أسباب :

الشركة والشيوع الناتج عن الإرث والشيوع الناتج عن شراء كثيرين ملكا واحدا

والقواعد الواردة فى هذا الفصل تشمل أنواع الاشتراك الثلاثة[1]

والقسمة نوعان : اختيارية وقضائية وتقع بأحد طريقين : عينا أعنى قسمة الملك نفسه أو بالتصفية أعنى بيع الملك واقتسام الثمن

والقواعد المقـــررة فى القانون هى التى تعتبر فى حالة عدم الاتفاق على القسمة بين الشركاء

الفرع الأول — فى القسمة الاختيارية

إن كان هناك عقـد اتبع نصـه وإلا فالقسمة متروكة فى غير الشركات التجارية إلى إرادة الشركاء يباشرونها بالكيفية التى يتفقون عليها بشرط أن يكونوا كلهم ذوى أهليـة للتصرف (مواد ٤٤٨ و ٤٤٩ و ٤٥١) لأن القسمة تقتضى المعاوضة وبيانه أنهم يعتبرون كل شريك مالكا لجزء يساوى نصيبه فى كل ذرة من ذرات المـال المشترك فيقولون الحصـة الشائعة هى السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء المـال المشترك والقسمة ترد هذا السهم إلى جزء معين بذاته دون بقية الأجزاء فكأن كل مقتسم تنازل لقسيمه عن سهمه فيما خصص له

(١) يرى مسيو دوهلس أن المحاكم الأهلية غير مختصة بالنظر فى قسمة التركات وأن القواعد الواردة فى هذا الفصل لا تشملها ويستدل على رأيه بما ورد فى المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم مع أن المادة خالية من تلك الزيادة ولهذه أخذ بالاستنتاج

ولو أنه أراد عدم اختصاص المحاكم الأهلية بتقرير الأنصبـاء لوافقناه أما قوله بعدم انطباق قواعد القسمة على المال المشترك الآتى من طريق الإرث فلا نقر به لأن تقرير أنصباء الشركة شئ وقسمة المال المشترك بعد بيان تلك الأنصباء شئ آخر والقانون نفسه لم يتكفل بيان الأنصباء إلا فى الشركات فجعلها متساوية إذا سكت العقد عن بيانها وعلى كل حال لا يأتى دور تطبيق أحكام القسمة المنصوص عليها فى هذا الفصل إلا بعـد معرفة الأنصباء وسيان عرفتها المحاكم الأهلية من طريق القانون أو من طريق حكم شرعى أو من طريق اتفاق الشركاء عليها سواء كانوا ورثة أو غير ورثة ولم يحضرنا مع إطالة البحث ما علمنا بثمرة أن المحاكم الأهلية لا تختص بقسمة أموال التركة بين الورثة مادامت أنصباؤهم مقررة بينهم والمعروف هو إيقاف دعوى القسمة عند التنازع فى الأنصباء حتى تتقرر من المحاكم الشرعية ثم تسير الإجراءات فى فرز كل نصيب على حسب المقرر فى القانون على أنه يظهر أن مسيو دوهلس نفسه رجع عن رأيه كما يؤخذ ذلك جليا من عبارته فيما يلى هذا البحث

فاذا اختلف الشركاء فيما بينهم أو كان منهم محجور وجب الرجوع إلى القضاء وهى القسمة القضائية (مادة ٤٥٢)

وأما الشركات التجارية فقسمتها الاختيارية تكون بتعيين مُصفٍّ واحد أو أكثر يختارهم الشركاء بالإجماع أو بالأغلبية

فإن لم تتفق الأغلبية على من يختار للتصفية وجب تعيينه من المحكمة (مادة ٤٤٩)

وهذا المختار يسمى مأمور التصفية وله اختصاص واسع إن لم يقيده صك تعيينه بأحوال محدودة ومن خصائصه عند عدم القيد بيع مال الشركاء بالمزاد أو بالتراضى (مادة ٤٥٠) إذا تبين له أن صالحهم يقتضيه

الفرع الثانى — فى القسمة القضائية

يقدم طلب القسمة من ذوى الشأن إلى المحكمة الجزئية[1] فإن كان المطلوب قسمته عقارا أو عقارا ومنقولا قدم الطلب إلى المحكمة الجزئية التى يكون فى دائرتها مركز الشركة[2] إن كانت القسمة فى شركة أو محل العقار فى الأحوال الأخرى

وإن كان المقسوم منقولا فإلى المحكمة التى يقطن بدائرتها أحد المدعى عليهم باختيار طالب القسمة (مادة ٤٥٢)

ويقدم الطلب فى صورة إعلان دعوى يطلب فيه تعيين خبير أو أكثر لتقويم المال وتعيين الحصص

(١) حق طلب القسمة من الحقوق التى لا تنقسم ولذلك يجب أن يقدم ضد جميع الشركاء بلا استثناء وإذا أقيمت الدعوى وقضى فيها ومضت مدة الاستئناف على بعض الشركاء دون الآخرين ثم استأنف أحد هؤلاء الحكم دخل معه الأولون واعتبر الاستئناف قائما بين الكل لأن طبيعة القسمة لا تحتمل غير ذلك فإذا لم تصلح بالنسبة لواحد من الشركاء كانت غير صالحة بالنسبة للكل لما يترتب على إعادتها من المساس بأنصباء الآخرين حتما

وهو أيضا حق لا يسقط بمضى المدة مادام الشيوع موجودا بالفعل لكن اذا استبد واحد أو جماعة بالملك دون الباقين ومنعوا عنهم نصيبهم فى الثمرة أو فى الانتفاع بالمال المشترك ومضى خمس عشرة سنة على ذلك سقط الحق . والحقيقة أن الملك يكون قد ضاع فيسقط الحق تبعا له ولذلك يصح القول بأن حق طلب القسمة لا يسقط أبدا مادام الشيوع موجودا إذ دوام الشيوع يقتضى دوام الملك .

(٢) يقول موسيو دوهلس إن المحكمة المختصة هى محكمة العقار أو المدعى عليه سواء كان المال مال شركة أم لا وهو غير صواب لأن النص صريح فى وجوب اعتبار مركز الشركة .

وتكون إجراآت الخبير طبقا لما هو منصوص عنه فى قانون المرافعات (مادة ٤٥٣) أعنى أنه يحلف اليمين ويحدد يوما للعمل ويلاحظ إعلان الخصوم وتحرير المحاضر وغير ذلك مما هو مقرر فى المواد (٢٢٣ مرافعات وما بعدها)

الفرع الثالث — فى قسمة المال عينا

أول ما يجب على الخبير إجراؤه معاينة المال المراد قسمته والتحقق من إمكان قسمته عينا بين الشركاء بحسب أنصبائهم ومتى ثبت له ذلك قسمه إلى حصص (مادة ٤٥٤) وفى ذلك طريقتان :

الأولى — تقسيم العقار إلى أجزاء كل منها يساوى أصغر نصيب للشركاء

والثانية — أن يفرز لكل واحد حصته بقدر نصيبه

ولما كان من المتعذر حصول القسمة بحيث تتساوى الحصص على قدر الأنصباء من غير زيادة ولا نقص وجب على الخبير أن يبين الفرق بين حصة وأخرى حتى يدفع من يأخذ الحصة الأعلى ثمنا ما زاد فيها عن نصيبه إلى صاحب الحصة الأقل ثمنا

ومتى أتم الخبير عمله قدم تقريرا بذلك إلى المحكمة ، فإذا عارض أحد الشركاء فى إجراآت الخبير فصلت المحكمة الجزئية فى تلك المعارضة إما برفضها أو بتكليف الخبير بإتمام ما يكون ناقصا من عمله أو بتعيين خبير آخر

وقد تحدث منازعات يكون الفصل فيها من اختصاص المحكمة الكلية وحينئذ تقرر المحكمة الجزئية إيقاف دعوى القسمة وتحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية وبعد الفصل نهائيا فى النزاع تعاد إجراآت القسمة (مادة ٤٥٤)

والنزاع الذى لا يجوز للمحكمة الجزئية الفصل فيه هو ما يكون متعلقا بأصل الملك إن كانت القيمة المتنازع عليها تزيد عن نصاب هذه المحكمة

وإذا لم تحصل المعارضة أو حصلت وفصل فيها بحكم انتهائى يقترع على الحصص أمام القاضى الجزئى ويحرر محضر بنتيجة الاقتراع (مادة ٤٥٥)

ولا يجوز للمحكمة فى أى حال من الأحوال أن تخصص لكل شريك حصة على قدر نصيبه بحسب تقرير الخبير لأن الاقتراع شرط لازم فى تخصيص حصة كل شريك

ومع ذلك يجوز للشركاء إن لم يكن بينهم محجور أن يتفقوا على الحصة التى يأخذها كل واحد منهم فيثبت ذلك فى محضر المحكمة .

أما إذا كان بينهم محجور أو غائب فلابدّ من الاقتراع .

ومتى تمت إجراآت الاقتراع يصدّق على القسمة من المحكمة الجزئية إن لم يكن بين المقتسمين محجور أو غائب .

فإن كان بينهم واحد من هؤلاء وجب على المحكمة الجزئية أن تحيل الأوراق إلى المحكمة الكلية للتصديق منها على القسمة (مادة ٤٥٦)[1] .

الفرع الرابع — فى قسمة التصفية

التصفية هى بيع المال المشترك الذى لا تمكن قسمته عينا حتى يتيسر بذلك انتفاع كل شريك بثمن نصيبه على طريق الاستقلال .

ويتبين عدم إمكان القسمة عينا بإجراآت الخبير إذ قدمنا أنه يجب عليه أولا التحقق من إمكان القسمة عينا فإذا ظهر له أنها غير ممكنة رفع الأمر إلى المحكمة ووجب بيع العقار (مادة ٤٥٨) .

ويحصل البيع طبقا لما هو مدوّن فى المواد (٦٢٠ وما بعدها) من قانون المرافعات .

الفرع الخامس — فى دخول الدائنين فى القسمة

لما كانت القسمة داعية فى بعض الأحوال إلى الإضرار بحقوق الدائنين رأى الشارع أن يحفظ هذه الحقوق بالطريقة الآتية :

(١) اشترطت هذه المادة وجوب التصديق من المحكمة الكلية على محضر القسمة إذا كان بين المقتسمين محجور أو غائب ولم تشترط المادة (٤٥٢) وجوب إجراء القسمة أمام المحكمة إذا كان بين الشركاء غائب بل اقتصرت على قولها : (أو كان أحدهم ليس فيه أهلية التصرف فى حقوقه) ومفهوم هذين النصين أن القسمة الاختيارية المنصوص عنها فى المادة (٤٥١) جائزة بين الشركاء المتفقين وإن كان أحدهم غائبا أعنى أن وكيله يقوم مقامه وحينئذ تغيب حكمة نص المادة (٤٥٦) لأنها تقرر حماية للغائب وبذا نقص فى المادة (٤٥١) وعندنا أنه يجب إجراء القسمة أمام المحكمة مادام بين الشركاء محجور أو غائب لأن الغائب فى حكم فاقد الأهلية من حيث عدم تمكنه من مباشرة أعماله ولأن تصرفات الوكيل عن الغائب تصرفات الوصى أو القيم والقسمة من الأعمال الهامة المساوية للبيع والرهن وليس لوكيل الغائب إجراء شئ من ذلك إلا بترخيص من المجلس الحسبى وقد قامت المحكمة فى القسمة مقام المجلس الحسبى فوجب أن يكون الضمان عاما بالنسبة للغائب سواء كان ذلك فى طريقة إجراء القسمة أو فى التصديق عليها .

لدائنى الشركة الذين ترتبت ديونهم عليها بملاحظة الأموال المشتركة فيها أن يستوفوا حقوقهم من مجموع أموال الشركة ومن كل حصة منها (مادة ٤٥٩)

أما الديون التى تكون للغير على أحد الشركاء فإنها تعطى أصحابها الحق فى المعارضة فى القسمة عيناً وفى بيع المال بغير دخولهم فى ذلك

وتحصل المعارضة فى صورة إنذار للشركاء غير المدينين ويترتب عليها وجوب دعوة الدائنين فى جميع إجراآت القسمة أو البيع وإلا كان العمل لاغيا (مادة ٤٦٠)

وإذا بيعت أموال الشركة كان دائنوها مقدمين فى توزيع الثمن على دائنى أشخاص الشركة (مادة ٤٦١)

الفرع السادس — فيما يبطل القسمة

ترك القانون هذا الموضوع ولم يذكر من أسباب بطلان القسمة إلا عدم دعوة الدائنين الذين لهم حق المعارضة فى إجرائها بدون حضورهم كما تقدم

وعليه يجب الرجوع فى ذلك إلى القواعد العامة

والقسمة عقد يبطل بعدم مراعاة شروط تكوينه أو الضمان الواجب بالنسبة لعديمى الأهلية والغائبين وبكل مايبطل به العقود من فقدان الرضا أو فساده ومن الغش والإكراه ومن وقوعها فى ملك غير الشركاء ومن حصولها بين بعضهم دون البعض إلى غير ذلك من أسباب البطلان أو الفساد المنصوص عنها فى باب التعهدات

الفرع السابع — فيما يترتب على القسمة

يترتب على القسمة ما يأتى :

١ — اختصاص كل شريك بالنصيب الذى وقع له

٢ — كل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر مملوكة له قبل القسمة وأنه كان أجنبيا عن غيرها من باقى الأموال التى قسمت (مادة ٤٥٧)

وهم يقولون إن القسمة تعلن ولا تنشئ أعنى أنها لا تملك الشركاء حقا من وقت حصولها بل تمكن كل واحد من حقه الثابت له قبل حصولها

٣ — القسمة لازمة على جميع الشركاء الحائزين لأهلية التصرف فإن كان بينهم محجور وأهمل الضمان الذى قرره القانون فى منفعته فهو الذى يجوز له وحده طلب الفسخ

٤ ـ يبطل البيع والرهونات وحقوق الارتفاق وجميع الحقوق العينية الأخرى التى تكون قررت من أحد الشركاء قبل القسمة على جزء من العقار المشترك إن لم يقع ذلك القسم فى نصيبه . فإن وقع تأيدت تلك الحقوق كلها

ويسرى ذلك فى حالة القسمة بالتصفية إذا كان مشـــترى العقار هو أحد الشركاء بمعنى أن الحقوق التى يكون رتبها هو على العقار أو على جزء منه تعتبر صحيحة وأما الحقوق التى رتبها غيره فتسقط

مبحث ـــ فى ضمـان القسمة

لم يرد فى باب القسمة نص على هذا الضمان ولكن القواعد العامة تقضى به إذ القسـمة معاوضة كما تقدم ففيها معنى البيع وعليه يكون كل شريك ضامنا لباقى الشركاء مايعرض لهم من التعرض أو مايصيب أنصـباءهم من الدرك إذا كان ذلك ناشئا عن فعله قبل القسمة أو بعدها

ولا يترتب على هذا الضمان إلغاء القسمة وإنما يترتب عليه تعويض لمن أصابه الضرر لما تقدم من أن القسمة معلنة لامنشئة فحكم الضمان فيها كحكمه فيمن باع عقارات متعددة لأشخاص متعددين إذا أصاب أحدهم ضرر من تعرض أو درك بفـعل البـائع رجع عليه وحده بالتعويض وصحت البيوع الأخرى

مبحث ـــ فى استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة

قد يتعجل أحد الشركاء فيبيع حصة شائعة لأجنبى فيحل هذا الأجنبى محله فى الشيوع مع الآخرين ويكون دخوله موجبا للشقاق بينهم . فاتقاء لذلك قرر القانون لباقى الشركاء حق استرداد مابا عه شريكهم قبل القسمة (مادة ٤٦٢)

ويبقى هذا الحق إلى أن تحصل القسمة بالفعل فإذا حصلت سقط

وعلى الذى يستعمل هـذا الحق أن يدفع للمشـترى الثمن الذى دفعه لشريك البائع وما ترتب عليـه من المصـاريف وأما الفوائد فلا تجب عليه لأنها فى مقابل انتفاع المشترى إلى حين الاسترداد (راجع شفعة ص ٨٥)

الكتاب الثانى

فى التأمينات

بُنيت المعاملات بين الناس على تبادل ثقتهم وهم دائن ومدين فيما يعطون وفيما يأخذون والثقة من جانب المدين عبارة عن اطمئنان غيره إلى التعامل معه واعتقادهم فيه حسن الوفاء بتعهداته فيسهل عليه بذلك نيل مطلبه من المال نقدا أو غير نقد ليتمكن من العمل ومن الاتفاق على تأجيل الوفاء إلى آجال تسمح له بجمع ما وجب عليه أداؤه فيشترى السلعة اليوم ويدفع ثمنها بعد شهر حيث يكون صرّفها بما وسعه من الربح ويقترض النقود لقضاء مصالحه ثم يردها بعد أن يكون استفاد من استعمالها وهكذا

والثقة من جانب الدائن هى ذلك الاطمئنان الذى له فيمن يعاقده فيرتاح لتسليمه من ماله ويركن إلى تركه بين يديه إلى زمن مسمى و يقبل التقسيط بالرضا ويمهل معتقدا أن ماله مأمون وحقه مكفول

وعلى الثقة وحدها تتوقف حركة الأعمال المالية التى هى قوام العمران وعلة رقى الأمم فهى العوض فى عقود القروض لأن المقرض يقدم المال والمقترض لا يقدم إلا ماله من ثقة الناس بوفائه

وكل تدبير من شأنه إيجاد الثقة وتمكينها يساعد على التعامل بالأموال وينتج حسن حال النـاس وكل عقبة تأتى فى سبيلها تعوق حركة الأمة إلى الأمام وتهدم أعظم أس فى بناء ارتقائها

والثقة عامة وخاصة ترجع الأولى منهما إلى حسن استعداد أرباب الأموال لإقراضها لطلابها بشروط يسهل احتمالها فإذا رأيت القرض شائعا فى بلد وكانت شروطه ميسرة وآجال الوفاء به متباعدة فذلك بلد امين متمتع بالثقة الاقتصادية العامة

وأما الثقة الخاصة فهي التي تثبت لكل فرد بذاته وتجعل طلبته من العروض ميسورة وتدفع عنه مضايقة الدائنين إذا حلت آجال الوفاء فيجددها ويسير في أعماله مطمئنا

ما كان بالناس من حاجة إلى الأوامر القانونيـة والأوضاع النظامية ليكون لبعضهم ثقة بالآخرين لو دامت فضيلة الوفاء بالعهد على بداوتها واستمرت الضمائر على قوتها في دفع العاقدين الى أداء ما عاهـدوا الله وأقسموا عليه ولكن الضمائر كائنات وللكائنات تقلبات ولصروف الأيام مقتضيات وللضرورات أحكام

وجبت معونة القانون على استبقاء الثقة في المعاملات وتوطيـد أركانها فاهتمت كل أمة بذلك ووضعت له من القواعد والمبادئ ما يناسب درجة عمرانها وعلى قدر انفلاتها من قيود المـاضي وصفاء جو معاملاتهـا من تعثر النظامات التي فقدت روحها في تطور الجمعيات البشرية ولم يبق منها إلا اللفظ فرقت الدهور بينه وبين معناه

تدور تلك القواعد والمبادئ على تقرير الضمان الذى اهتدى إليه شارع كل أمة فمنهم من أنشأ ومنهم من قلد ومن هؤلاء واضع القانون المصرى

وتنقسم التأمينات عندنا إلى قسمين :

القسم الأول التأمينات الخاصـة التي يمتاز بها بعض الدائنين عن البعض الآخر وهي نوعان : شخصيـة وعينية

القسم الثاني يشمل التأمينات العامة التي يشترك فيها جميع الدائنين بلا فرق بين دائن ودائن مهما كانت أسباب التمييز بينهم وهي التنفيذ القهرى

والغرض منها كلها نفع العاقدين ففيها حماية الدائن من عسر المدين أو من مماطلته وفيها حمل المدين على الوفاء اختيارا وتأييده بجذب ثقة الذين يتعاقدون معه فيحسـن حال الفريقين

أما الإعسار فالتفادى منه يكون بالضمان الشخصى أو المـالى

وأما المـاطلة فدواؤها التنفيذ القهرى على أموال المدين

وعليه تنقسم التأمينات إلى ثلاثة أقسام :

الأول ـ التأمينات الشخصية وهي الكفالة

الثاني ـ التأمينات العينية وهي الرهن بأنواعه وحق حبس العين

الثالث ـ الضمان العـام

الباب الأول

فى الكفالة

للكفالة معنيان الأول مبلغ من النقد أو مما فى حكمه يجب دفعه مقدما بنص القانون أو العقد ليكون ضمانا لما قد يترتب فى ذمة المتعهد من الحقوق وتسمى الكفالة بهذا المعنى تأمينا أو ضمانا ، مثاله التأمين الواجب على بعض الموظفين كالصيارف وكتاب المحاكم وكل موظف ذى ذمة بمقتضى وظيفته وهم الذين يقال لهم فى اصطلاح المالية (عهدة)

وكذا التأمين الواجب على الذين يتقدمون لمشترى الأموال التى تباع بالمزاد العام أمام المحاكم وهذه الكفالة قانونية أى ورد بها النص فى القانون

ومثال ذلك أيضا التأمين الذى يقتضيه أحد العاقدين من الآخر بنص صريح فى العقد كالذى يشترط على المقاولين ضمانا لقيامهم بتعهداتهم وهذا هو التأمين الاختيارى

والمعنى الثانى للكفالة أن يتعهد أجنبى لأحد العاقدين بوفاء ما تعهد به الآخر ويسمى ذلك كفالة بالتخصيص وقد سميناها كفالة شخصية للتمييز

والكفالة بمعناها الأول تدخل فى باب التأمينات العينية وعليه ينحصر الكلام فى هذا الباب على الكفالة الشخصية

الفصل الأول

فى قواعد عامة

الكفالة عقد يلتزم به أحد الطرفين للطرف الآخر أداء دين لهذا قبل ثالث إذا لم يقم المدين بالوفاء (مادة ٤٩٥)

ومن هذا التعريف تعلم مشخصات الكفالة :

١ — الكفالة عقد ثانوى أعنى أنه تابع لعقد أصلى هو الحاصل بين المتعهد والمتعهد له فلا وجود للكفالة إلا بوجود المكفول فإن كان العقد الأصلى باطلا فهى كذلك

لكن يكفى فى العقد الأصلى أن يكون موجودا وجودا طبيعيا أعنى أن القانون لا يرتب عليه حكما فى ذاته أو فاسدا لعيب فيه

فيجوز أن يكفل الكفيل التزام قاصر أو محجور عليه وتكون الكفالة صحيحة (مادة ٤٩٦)

وتجوز كفالة الكفالة فتصير حينئذ الكفالة الأولى عقدا أصليا للثانية وهـذه تكون عقدا تبعيا للأولى

ويسمى الكفيل الثانى (مصدقا)

٢ ـ لاتكون الكفالة أشد من التعهد الأصلى إذ لايسلم أن يكون التابع أكثر من المتبـوع

فلا يجوز أن تعقد الكفالة على مبلغ أكثر من الدين ولا أن يضمن هلاك الشئ بقوة قاهرة وهكذا

لكن يجوز أن تعقد على أقل من الدين الأصلى أو بشرط أخف من شروطه (مادة ٤٩٧)

٣ ـ رضا المدين الأصلى غير واجب فى الكفالة (مادة ٤٩٥)

وهذا المذهب هو المجمع عليه لقولهم إن الكفالة فى مصلحة الدائن ولا ضرر منها على المدين غير أن فى القول بعدم الضرر للمدين من الكفالة تجاوزا كبيرا إذ من الناس من إذا خير بين الاقتراض بكفالة زيد وبين البقاء فى ضـيق العسر فضل الشق الأخير لما قد يلحقه من العار أو لما يترتب على ذلك من ديونته لمن لايحب أن يكون مأسورا له

وقد يترتب على الكفالة بغير رضا المكفول ضرر حقيقى كما لو استدان قاض دينـا فكفله أحد الخصمين وأخطأ فى النظر فحكم لمنك الكفيل إذ فى هذه الحالة يتعسر بل يتعذر على القاضى أن يقنع غيره بأنه أجنبى عن الكفيل وأنه إنما كفله خدعة وبدون علمه

٤ ـ الكفالة بلا مقابل ويجوز أن يتفق المدين والكفيل على أن يكون لها مقابل

٥ ـ عقد الكفالة بين الدائن والكفيل لايلزم إلا طرفا واحدا هو الكفيل وأما الدائن فلا شئ عليه

٦ ـ لاتقتضى الكفالة تضامن الكفيل مع المديـن إلا بشرط صريح فى العقد (مادة ٤٩٨) أو بنص فى القانون (مادة ٤٩٩)

٧ ـ إذا تعهد المدين بتقديم كفيل يضمن الوفاء وجب أن يكون ذلك الكفيل موسرا أعنى قادرا على وفاء الدين

وكذا إذا كان التعهد حاصلا أمام المحكمة أو كان تقديم الكفيل مأمورا به فى القانون أو مقضيا به من القاضى

فاذا قدّم الكفيل وكان موسرا ثم أعسر وجب على المدين أن يقدّم كفيلا آخر بدلا منه (مادة ٥٠٠)

وتتبع أحكام قانون المرافعات (مادة ٤٠١ مرافعات وما بعدها) فى معرفة اقتدار الكفيل وعدمه (مادة ٥٠١)

والأحوال الواجب تقديم الكفيل فيها كثيرة مر بعضها فى البيع والإجارة والإيرادات المرتبة ومنها ما هو مذكور فى قانون المرافعات (راجع قانون المرافعات مواد ٣٩٠ و ٥٠٥ و ٥٧٤ الخ)

الفصل الثانى

فيما يترتب على الكفالة

الفرع الأوّل ـ فى واجبات الكفيل

واجبات الكفيل هى الآتية :

١ ـ وفاء الدين للدائن إذا لم يقم المدين بذلك فى الأجل المعلوم لكنه لا يضمن الوفاء إلا إذا أعسر المدين ولذلك جاز له أن يطلب من الدائن الرجوع أوّلا على المدين وتجريده من ملكه أو إثبات عدم ملك له

ولا يؤخذ طلب الكفيل على علاته بل يجب أن يؤيده الظاهر وللمحكمة قبول الطلب وعدمه على حسب الأحوال

ويجوز لها فى حالة القبول أن تأمر باتخاذ الإجراآت التحفظية على أموال الكفيل بقدر ما بقى الدين حتى إذا ثبت عسر المدين رجع الدائن على تلك الأموال لاستيفاء دينه منها (مادة ٥٠٢)

٢ ـ وفاء توابع الدين المشروطة فى العقد كالفوائد (مادة ٤٩٨)

٣ ـ قد تكون الكفالة كفالة حضور وهى أن يكفل الضامن للدائن حضور المدين وقت وفاء الدين

وهذه الكفالة فى الحقيقة تضامنية تحت شرط هو عدم حضور المدين فإذا حضر سقطت الكفالة وإذا لم يحضر وجب الوفاء على الكفيل (مادة ٥٠٨)

ويقع هذا النوع من الكفالة بالنسبة للمدينين الذين لا يُعرف مقرهم أو الذين تكثر غيبتهم الى جهات غير معروفة

والواقع أنها كفالة غريبة إذ يكتفى فى عجز الكفيل أن لا يرضى المكفول بالحضور ولكنها كفالة منصوص عنها فى القانون ولعل الشارع اتبع العرف واطمأن لحسن الظن بالمكفول

٤ ــ إذا تعدد الكفلاء كان كل واحد منهم مسؤولا للدائن بقدر حصته فى الكفالة لكن إذا كان كل كفيل تعهد بالوفاء فى عقد مستقل كان ضامنا لوفاء الدين بأكمله (مادة ٥٠٤)

فإن كانوا متضامنين جاز للدائن أن يطلب الوفاء من أحدهم

وهم لا يكونون متضامنين إلا فى حالتين :

الأولى ــ إذا كان التضامن منصوصا عليه فى العقد أى عقد الكفالة أو كان التضامن بنص القانون كما تقدم

الثانية ــ إذا كان لكل كفيل عقد خاص ودلت قرائن الأحوال على أن هناك تضامنا (مادة ٥٠٤)

وهذا استثناء من قاعدة (التضامن لا يؤخذ بالظن)

الفرع الثانى ــ فى حقوق الكفيل

للكفيل الذى يفى الدين أن يرجع بما دفع للدائن على المدين ويحل محل الدائن فى جميع حقوقه بما فى ذلك التأمينات الأخرى

فإن كان شركاؤه فى الكفالة أكثر من واحد وكانوا متضامنين رجع على كل واحد منهم بحصته ويتحمل ما يصيبه من حصة المعسر منهم كما فى تضامن المدينين (مادة ٥٠٦)

ويجب أن يكون وفى الدين بأكمله فإن وفى جزأ منه لا يجوز له المطالبة إلا بعد أن يكون الدائن استوفى ما بقى من الدين (مادة ٥٠٥)

ويجب على الكفيل قبل الوفاء أن يخبر المدين بعزمه على ذلك أو بالطلب الحاصل له من الدائن

فإذا لم يخبره وكان المدين قد أدى دينه أو كان لديه أوجه يدفع بها الطلب سقط حق الكفيل فى الرجوع على المدين (مادة ٥٠٧)

وللكفيل الحق فى أن يطالب من المدين وفاء الدين متى حل أجله حتى فى حالة ما لو اتفق المدين مع الدائن على تأجيل الوفاء لأجل جديد ما دامت الكفالة قائمة

وله طلب الوفاء قبل حلول الأجل إذا أفلس المدين (مادة ٥٠٣)

وله أن يحتج على الدائن بجميع أوجه الدفع التى يجوز للمدين أن يحتج بها إلا إذا كان الدفع خاصا بذات المدين

فله أن يدفع بالمقاصة ومضى المدة وتجدد الدين وهكذا

وله أن يدفع ببطلان العقد إذا كان البطلان ليس مبنيا على عدم أهلية المدين وأما البطلان المبنى على عدم أهلية المدين فخاص بذات هذا الأخير (مادة ٥٠٩) وقد تقدم جواز كفالة فاقد الأهلية

الفصل الثالث

فى انقضاء الكفالة

تنقضى الكفالة بجميع الأسباب التى تنقضى بها العقود (مادة ١٥٨) وانقضاؤها إما أن يكون تبعا وإما أن يكون مباشرة

فهى تنقضى تبعا بانقضاء التعهد المكفول فإذا وفى المدين دينه أو سقط الحق فيه بمضى المدة وهكذا انقضت الكفالة وكذلك إذا تجدد العهد لأن التجديد يسقط العقد القديم فتسقط الكفالة معه كما تقدم (ص ١٩٦ و ٣٣٧)

وتنقضى أصلا بتنازل الدائن عنها و بتجديد الأجل واتحاد الذمة بأن صار الكفيل دائنا ومدينا

إلا أنه فى حالة اتحاد الذمة أعنى إذا صار الكفيل دائنا تبقى التأمينات الخاصة التى يكون قدمها للدائن حتى لاينالة خسارة من سقوطها

أسباب خاصة بانقضاء الكفالة

تنقضى الكفالة أيضا بأسباب خاصة بها وهى :

١ — اذا أضاع الدائن التأمينات التى كانت له على المدين كالرهن والامتياز لأن الكفيل كان مطمئنا لوجود تلك التأمينات حتى إذا وفى هو الدين رجع على المدين من دون أن يخشى الخسارة فترك الدائن هذه التأمينات أو إهماله حتى فقدها يجعل الكفيل فى حل من كفالته (مادة ٥١٠)

والترك يكون بالتنازل صراحة والإهمال يكون بعدم تجديد تسجيل الرهن أوالامتياز

٢ — إذا قبل الدائن وفاء لدينه شيئا غير المتفق عليه واستحق ذلك الشئ لأجنبى (مادة ٥١١)

مثلا : لزيد ألف قرش قبل بكر فأخذ منه دارا أو فدانا وفاء للدين وتبين أن العقار لم يكن ملكا لبكر واستحقه خالد تسقط الكفالة

الباب الثانى

فى التأمينات العينيـــة

الأصل أن لكل دائن الحق فى استيفاء دينه من مال المدين فكل ماملك هذا الأخير ضامن لوفاء الدين وللدائن حجزه وبيعه

فإن كان الدائنون كثيرين اشتركوا فى اقتسام هـذا الضمان وإذا باع أحدهم شيأً مما ملك المدين تقاسموا ثمنه بينهم

إلا أن ذلك التأمين العام قد لا يكون كافيا فى كثير من الأوقات وعلى الأخص إذا كان الدين كبيرا لذلك جاز للمتعاقدين أعنى الدائن والمدين أن يتفقا على تأمينات خاصة من شأنها أن تجعل الدائن ممتازا على غيره من الدائنين الذين ليس لهم مثل تأمينه

وقد جعل القانون لبعض الديون ميزة خاصة على غيرها

وهذه التأمينات خمسة أنواع :

أولهـــا ـ رهن الحيازة

والثـــانى ـ الغاروقة

والثالث ـ الرهن العقارى

والرابـــع ـ الامتياز

والخامس ـ حق حبس العين

وقد جاء القانون برهن الحيازة وبالغاروقة فى البابين العاشر والحادى عشر من الكتاب الثالث المعقود للعقود المعينة وعقد الكتاب الرابع للكلام على حقوق الدائنين وفيه تكلم على الرهن العقارى والامتيـاز وهو تفريق غير ظاهر السبب وكان حقه أن يعقد كتابا خاصا لحقوق الدائنين ويدخل فيه رهن الحيازة والغاروقة لأنه لافرق بينهما وبين الرهن العقارى والامتياز من حيث اطمئنان الدائن على دينه وتفضيـله على غيره من الدائنين الذين لهم مثل ضمانه

لذلك جمعناها فى باب واحد

وأضفنا (الرهن) إلى (الحيازة) تمييزا بينه وبين الرهن العقارى

الفصل الأول

فى رهن الحيازة

رهن الحيازة عقد به يضع المدين شيئاً فى حيازة دائنه أو فى حيازة ثالث تأمينا للدين (مادة ٥٤٠)

الفرع الأول — فى أركان رهن الحيازة

أركان رهن الحيازة الخاصة دين وشئ مرهون وحيازة

المبحث الأول — فى الدين

الأصل أن الدين الذى يعقد لأجله الرهن هو الذى يكون لأحد المتعاقدين قبل الآخر

لكن يجوز أن يكون الرهن تأمينا لدين على شخص غير الراهن (مادة ٥٤٨) كما لو رهن زيد لبكر شيئاً تأمينا على وفاء الدين الذى له (أى بكر) قبل خالد

المبحث الثانى — فى الشئ المرهون

يجب أن يكون الشئ المرهون مما يجوز التعامل فيه

والرهن جائز فى العقار وفى المنقول (مادة ٥٤٧) وهو يضمن وفاء دين المرتهن

ويجوز أن يكون ضامنا لأكثر من دين واحد للدائن نفسه سواء كانت كلها على المدين الواحد أو عليه وعلى غيره

ويجوز أن يكون الشئ الواحد رهنا على ديون متعددة لدائنين متعددين ويشترط فى هذه الحالة أن يرضى الدائن الحائز للشئ المرهون ببقائه تحت يده تأمينا على ما ذكر (مادة ٥٤٢)

وجملة الرهن ضامنة لكل جزء من أجزاء الدين (مادة ٥٤٦)

فاذا دُفع جزء من الدين لا يسقط حق الرهن عن جزء من الشئ المرهون

وإذا كان المرهون أكثر من شئ واحد تبقى كلها فى حيازة المرتهن إلى أن يُوفى ما بقى من الدين

المبحث الثالث ـ فى الحيازة

الحيازة نقل الشئ المرهون من يد الراهن إلى يد المرتهن

ويجوز أن يودع الشئ المرهون شخصاً غير الدائن

والرهن مرتبط بالحيازة ارتباطا تاما بحيث إذا انعدمت بطل الرهن

ولا تعتبر الحيازة معدومة إلا برجوع المرهون لحيازة المدين (مادة ٥٤١)

أما إذا أجره المرتهن أو أودعه غيره أو أعاره فلا يعتبر أنه خرج من حيازته

الفرع الثانى ـ فيما يترتب على رهن الحيازة

لرهن الحيازة أحكام بالنسبة للدائن المرتهن و بالنسبة لغير العاقدين

المبحث الأول ـ فى حقوق المرتهن

١ ـ للمرتهن حق حبس الشئ المرهون عنده حتى يستوفى دينه وليس له أن يتملكه وإذا اشترط المالك إذا انقضى الأجل ولم يوف الدين فالشرط باطل وسببه حماية المدين ممـا عسى يقع عليه من تأثير الدائن فى حين اضطراره إلى القرض

وليس للدائن لاستيفاء حقه إلا أن يطلب بيع الرهن بالطرق القانونية مثله فى ذلك مثل غيره من الدائنين (مادة ٥٤٣)

٢ ـ له أن يسترد ماصرفه فى صيانة الرهن ممـا كان صرفه واجبا حكمه فى ذلك حكم الوديع

٣ ـ له استيفاء دينـه من ثمن الشئ المرهون بالامتياز على غـيره من الدائنين (مادة ٥٤٠) إلا أن هـذا الامتياز مشروط بأن تكون الاولوية للمرتهن والعبرة بتاريخ التسجيل فإن كان المرتهن متقدما فى التسجيل على غيره من المرتهنين أو من أصحاب حقوق الامتياز قدم عليهم وإن تأخر تسجيله تقدم عليه منهم من سبقه (مادة ٥٥١) وسـيأتى بيان ذلك مفصلا فى الفصل الثالث من هذا الباب

المبحث الثانى — فى واجبات المرتهن

يجب على المرتهن :

١ — أن يحفظ الشئ ويعتنى بصيانته كاعتناء المالك بملكه وأن يصرف المصاريف الضرورية اللازمة لصيانته وأن يدفع العوائد المترتبة عليه للحكومة ويجوز له فى جميع الأحوال أن يتخلص من تحمل تلك الكلف بتركه حقه فى الرهن (مادة ٥٥٢)

وإذا هلك الشئ بحادث قهرى فهلاكه على صاحبه (مادة ٥٤٤)

٢ — أن لاينتفع بالرهن بدون مقابل بل ينقص قيمة الغلة من قيمة الدين ولو قبل حلول الأجل فإن كان الدين ذا فائدة خصصت الفائدة من الغلة أولا ثم يخصم الباقى من أصل الدين (مادة ٥٤٥)

٣ — أن يستغل الشئ المرهون بحسب ما هو قابل له فإن كان دارا أجرها وإن كان أرضا زراعية استغلها بالطرق المعروفة وهكذا

ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا على غير ذلك (مادة ٥٤٥)

٤ — أن يضمن هلاك الشئ أو نقص قيمته الناشئ عن تقصيره

٥ — أن يرد الشئ للمدين متى انقضى الدين

وهناك حالة يجوز للدائن فيها أن لايرد الشئ لصاحبه بعد وفاء الدين وهى : إذا كان المدين اقترض من الدائن دينا جديدا بعد الدين الأول أى بعد حصول القرض الأول وكان هذا الدين واجب الأداء قبل الدين الأول إلا أن هذا الحق فى حبس الشئ لذلك السبب لايعطى الدائن حق الأفضلية على غيره من الدائنين

المبحث الثالث — فى حكم رهن الحيازة بالنسبة لغير المتعاقدين

شروط الاحتجاج برهن الحيازة على غير المتعاقدين هى بذاتها شروط الاحتجاج عليهم بالعقود الأخرى على وجه العموم والفرق جزئى يتلخص فيما يأتى :

إن كان المرهون عقارا وجب أن يكون سند الرهن مسجلا فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختلطة أو الشرعية التى فى دائرتها محل العقار (مادة ٥٥٠)

وإن كان منقولا يكتفى فى سنده أن يكون ثابت التاريخ (مادة ٥٤٩)

وعلى كل حال يجب أن يكون السند شاملا لبيان مبلغ الدين والشئ المرهون بيانا كافيا (مادة ٥٤٩)[1]

وسبب الفرق بين الحالتين أن حيازة المنقول تدل على الملك عادة وأما حيازة العقار فإنها لاتدل على ذلك ولهذا أكتفى فى المنقول بالسند الثابت التاريخ واشترط فى العقار تسجيل عقده

وليلاحظ أن التسجيل هو مجرد نقل العقد حرفيا فى دفتر التسجيل المعد لذلك فى المحكمة لا أن يكون عقدا رسميا أى محررا أمام كاتب العقود المختص

الفصل الثانى

فى الغاروقة

الغاروقة عقد به يعطى المدين عقاره للدائن تأمينا على دينه وله الانتفاع به لحين وفاء الدين بأكمله

وأصحاب الأطيان الخراجية هم الجائز لهم دون غيرهم عقد مشارطة الغاروقة على أطيانهم (مادة ٥٥٣)

ويتبين من ذلك أن الغاروقة إنما هى صورة من رهن الحيازة يجوز فيها للمرتهن استغلال الشئ لنفسه حتى يوفى دينه كما صرح بذلك فى المادة (٥٤٥)

والفرق بين الرهنين أن الغاروقة لاتجوز إلا فى الأطيان الخراجية وأما الرهن فيجوز فى الخراجية والعشورية معا

ولم يعد للغاروقة شأن يذكر بجانب البيع الوفائى راجع (ص ٢٥٣) وبعد أن تساوت الأطيان العشورية بالأطيان الخراجية فى الملك منذ قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ الذى أبطل الفرق بين النوعين من الأطيان الزراعية

على أن هذا العقد من المشارطات الضارة جدا والتى لاينبغى استعمالها حتى لو لم تتحقق الأحوال التى جعلتها غير جائزة بإبطال صفة موضوعها وهى كون الأطيان خراجية أى ليست مملوكة الرقبة للمتنفعين بها .

(١) جاء القيد الأخير فى المادة تبعا لذكر رهن المنقول وعبارتها توهم أن بيان المبلغ والمرهون ليسا لازمين فى رهن العقار وهو غير مسلم إذ يكون العقد بغير سبب ويكون المتعاقد عليه غير معين وأحد السببين كاف فى بطلان الرهن بالنسبة لغير المتعاقدين

وعلى كل حال يشترط فى الفاروقة مايشترط فى غيرها من العقود من حيث الصحة والدليل وواجبات المرتهن وحقوقه وكيفية الاحتجاج بها على غير العاقدين

الفصل الثالث

فى الرهن العقارى

الرهن العقارى هو ترتيب المدين على عقاره حقا عينيا فى منفعة الدائن ضمانا لوفاء الدين

والأصل أن يكون العقار ملكا للمدين لكن يجوز أن يكون ملكا لأجنبى إذا رضى هذا برهنه لوفاء الدين

الفرع الأول — فى شروط الرهن العقارى

يشترط لصحة الرهن مايشترط فى جميع عقود التصرفات ويزاد على ذلك الشروط الآتية وهى أساسية لايصح العقد بدونها :

أولا — أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون سواء كان هو المدين أملا (مادة ٥٥٧)

ولا فرق بين أن يكون ملك العقار ثابتا أو مهددا كما لو كان الراهن يملك العقار بطريق البيع وفاء

وفى هذه الحالة يكون حكم الرهن تابعا لحكم الملكية

ثانيا — أن يكون الراهن أهلاً للتصرف (مادة ٥٥٨) وهذا الشرط فى الحقيقة ليس خاصاً بالرهن العقارى بل هو عام فى جميع عقود التصرفات فى الملك ولكن القانون أراد من ذكره بيان أهمية العقد وخروجه عن الأعمال الإدارية العادية التى يجوز للوكلاء وأولياء المال مباشرتها من أنفسهم

ثالثا — أن يكون الرهن واقعا على عقار أو عقارات معينة

ويعين العقار المرهون ببيان نوعه ومحله وجميع مميزاته كالحدود واسم الحوض الذى هو فيه ونمرته فى خريطة فك الزمام وهكذا

ويتبع ذلك بيان قيمة الدين

فإن ذكر أن المرهون هو جميع أملاك المدين العقارية من دون تعيين خاص لكل واحد منها فالرهن باطل (مادة ٥٦٠)

رابعا ــ أن يكون العقار المرهون ملكا حاضرا للراهن

فلا يجوز رهن عقار يتوقع أن يكون ملكا فى المستقبل (مادة ٥٦٣) كما لو رهن الولد عقاراً مملوكاً لأبيه على أمل أنه يرثه عنه بفرض أنه الوارث الوحيد

وسبب المنع ظاهر لما فيه من التعريض للفساد وإضاعة الأموال

وكذلك لايجوز رهن عقار اشتراه المدين تحت شرط توقيفى لما فى إجازة الرهن فى مثل هذه الحالة من اضطراب المعاملات ولأن الرهن فى الحقيقة لا يكون ذا قيمة صحيحة إلا إذا تحقق الشرط وهو أمر احتمالى

ولذلك نص القانون على أن العقار الذى يجوز رهنه هو الذى يجوز حجزه وبيعه بالمزاد العمومى (مادة ٥٥٩)

ولا فرق بين أن يكون العقار عقارا بطبيعته أو بتخصيص المالك كالسواقى

ومن العقارات التى يجوز بيعها حق الانتفاع وقد كان ذلك عاما فى مصر قبل تمليك الناس رقبة الأطيان الخراجية

إلا أن حق الانتفاع محدود الزمن فلا يكون الرهن لزمن أطول بالضرورة وكما جاز رهن حق الانتفاع وحده يجوز رهن الرقبة دون الانتفاع

ويراد بالعقار المرهون :

أولا ــ جميع أجزاء العقار إذا كان الرهن مترتبا عليه كله

ثانيا ــ جميع ملحقاته كالمبانى التى فيه من مخازن وسواقى وعزب وغير ذلك

ثالثا ــ جميع مايحدث فيه من الإصلاحات وما يتصل به (راجع ص ٧٠)

رابعا ــ جميع الأبنية التى تضاف إليه

ويشترط فى الإصلاحات والأبنية أن تكون منفعتها عائدة على المالك فإن لم تكن كذلك فالرهن لايشملها كما لو أحدث مستأجر العقار المرهون فيه أبنية أو عمل إصلاحات وقتية لفائدته هو

وهذا كله إذا لم يوجد شرط فى العقد يخالف ما ذكر (مادة ٥٦٤)

وليلاحظ أن هذه المادة ليست خاصة بالرهن العقارى بل تشمل جميع التأمينات العقارية

خامسا — أن يكون عقد الرهن رسميا فيجب تحريره فى قلم كتاب المحكمة (مادة ٥٥٧)

والسبب فى اقتضاء هذا الشرط ما يؤدى إليه الرهن عادة من ضياع الملك وسهولة الرضا به وقت القرض على أمل الوفاء بخلاف البيع فإنه يقتضى التجرد من الملك حالا فهو بطبيعته داع إلى الحيطة من قبل المالك

وليس الغرض من إيجاب العقد الرسمى فى الرهن ملاحظة حقوق الأجنبى الذى يتعاقد مع المالك على العقار بل هذا الشرط لازم لطبيعة الرهن فهو استثناء من القواعد العمومية التى تقضى بأن العقود تتم بمجرد الإيجاب والقبول ويكفى أن تكون ثابتة بالكتابة سواء كانت عرفية أو رسمية للاحتجاج بها بين المتعاقدين

سادسا — أن يكون الرهن على مبلغ مقدر

ولا يلزم أن يكون الراهن قبض المبلغ بأكمله بل يجوز الرهن على الحساب الجارى او على مبلغ يشترط دفعه إلى الراهن فى آجال معينة والذى يجب فى الحالتين أن يكون المبلغ مقدرا معروفا من يوم الرهن (مادة ٥٦١)

ويلاحظ أنه إذا شرع أحد دائنى الراهن فى بيع العقار المرهون على هذا الوجه يقف دفع مابقى من المبلغ المتفق عليه فى الحساب الجارى أو القرض المشروط دفعه إلى المدين فى آجال معينة وذلك من تاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية

فإذا فُرض أن مبلغ الحساب الجارى ألف قبض منه الراهن خمسمائة وسُجل التنبيه أصبح الرهن قاصرا على مادفع وإذا كان المرتهن ممتازا برهن كان امتيازه على قدر مادفعه إلى المدين

ويلحق بمبلغ الدين المضمون بالرهن مايكون مستحقا من الفوائد يوم توزيع ثمن العقار بشرط أن تكون الفوائد المذكورة عن مدة أكثر من سنتين (مادة ٥٦٨)

ثم الرهن لايتجزأ بمعنى أنه ضامن لجميع الدين ولكل جزء منه فاذا وفّى المدين معظم الدين يبقى الرهن بتمامه على مابقى منه

الفرع الثانى — فيما يترتب على الرهن العقارى

يبقى العقار فى ملك الراهن ولكن قيمته تنقص عليه بقدر الدين المرهون عليه فإذا أراد رهنه على دين جديد لا يكون له من ذلك إلا يسير من المال إذا لم يكن العقار ذا قيمة كبيرة بالنسبة للدين الاول

ثم العقار يبقى أيضا فى يد صاحبه فلا يخرج منها لأن الرهن لا يقتضى الحيازة وهذا هو أحد الفروق بين رهن الحيازة والرهن العقارى وهو أهمها

وغلته لمالكه ولا حق للراهن فى شئ قبله إلى قبل حلول أجل الدين

ولبقاء العقار فى ملك الراهن لزمه هلاكه أو تلفه

و إذا هلك أو تلف بحيث أصبح من المشكوك فيه أن قيمته لن تفى بالدين المضمون برهنه وكان الهلاك أو التلف بقوة قاهرة كان المدين بالخيار فإما أن يدفع الدين و إن لم يكن قد حل أجله و إما أن يرهن للدائن عقارا آخر ليكمل الضمان ولا مندوحة له عن اختيار أحد الأمرين إذا طلب الدائن ذلك

أما إذا كان الهلاك أو التلف بتقصير من المدين انتقل الخيار بذاته من المدين إلى الدائن فإذا اختار الوفاء وجب وكذا إذا اختار رهنا آخر على عقار ثان جاز وللمدين أن يتخلص من ذلك بدفع الدين وما يلحق به من الفوائد والمصاريف (مادة ٥٦٢)

و إذا حل الأجل ولم يف المدين بالدين فللدائن بيع العقار المرهون بالطرق المقررة فى قانون المرافعات (مادة ٥٣٧ وما بعدها مرافعات) سواء كان العقار فى يد المدين أو يد غيره لأى سبب كان

ويسمى بيع العقار على غير الدائن حق التتبع

وللدائن من الرهن حق آخر هو حق التقدم على من دونه من الدائنين فى استيفاء دينه من ثمن العقار

المبحث الأول ــ فى حق التتبع

حق التتبع هو كما تقدم أن يكون للمرتهن طلب بيع العقار على من هو فى يده أيا كان

غير أن بيع العقار ليس واجبا فى جميع الأحوال إذ يجوز لمن فى يده العقار أن يدفع البيع بوفاء الدين

ولا يجوز للدائن المرتهن أن يطلب بيع العقار المرهون إن كان فى يد المدين إلا بعد التنبيه عليه بالوفاء و إنذاره ببيع العقار (مادة ٥٧٣)

فإذا كان العقار فى يد غير المدين وجب على الدائن أن ينبه على الحائز تنبيها رسميا بدفع الدين أو بالتخلية بينه وبين العقار

ولا يشرع فى إجراآت نزع الملكية إلا بعد مضى ثلاثين يوما كما هو مقرر فى قانون المرافعات (مادة ٥٧٤)

المبحث الثانى — فى الخيار الذى لحائز العقار

حائز العقار هو من كان له يد عليه أيا كان سببها بأن كان مالكا أو منتفعا ولهذا الحائز أن يختار أحد الأمور الأربعة الآتية (مادة ٥٧٥) :

أولا — أن يدفع الدين ويحل محل الدائن فى حقوقه

ثانيا — أن يعرض قيمة ثمن العقار لوفاء الدين

ثالثا — أن يخلى بينه وبين العقار المرهون

رابعا — أن يتحمل الإجراآت المتعلقة بنزع الملكية

١ — فى دفع الدين

يجب على حائز العقار أن يدفع الدين كله وملحقاته والمصاريف التى ترتبت على ما يكون الدائن قد اتخذه من الإجراآت الرسمية

أما الفوائد فإنه لا يدفع منها إلا فوائد سنتين إذا كانت قد حفظت وكانت مستحقة وقت الدفع كما تقدم (مادة ٥٦٨)

وله أن يوفى الدين إلى حين البيع (مادة ٥٧٦)

ومن حقوقه أن يتمتع بما كان يجوز للدين الأصلى التمتع به كالمنازعة فى حلول الدين إن كان الدين لأجل يدعى الدائن أنه سقط وله أيضا أن يطلب من القاضى مهلة كما لو كان هو الدائن نفسه

ولا يخليه هذا الوفاء من التبعة قبل الدائنين المرتهنين الآخرين بل لهؤلاء أن يبيعوا عليه العقار من جديد إذا كان مادفعه إلى الدائن الأول لايساوى قيمة العقار

مثلا : اشترى زيد من بكر عقارا مرهونا ثلاث مرات على مبالغ مجموعها ألف جنيه وقيمة العقار يوم حلول الدين الأول ستمائة جنيه وقيمة الدين الأول أربعمائة بما فيها الفوائد والمصاريف فإذا دفع الحائز هذا المبلغ الأخير إلى الدائن الأول وتفادى

بذلك من بيع العقار جاز للدائن الثانى أن يبيع العقار على الحائز لأنه لا يزال باقيا من قيمة العقار مائتا جنيه فإما أن يدفعها الحائز و إما أن يخلى العقار و إما أن يتحمل إجراآت نزع الملكية

ومتى دفع الحائز دين المرتهن طالب البيع حلّ محله فى جميع حقوقه قبل المدين

إلا أن الرهن الذى كان للدائن على العقار ينتقل إليه بدرجتــه فيصير هو مقدما على غيره من الدائنين ويجب عليه لذلك حفظ تسجيل الرهن وتجديده عند الاقتضاء إلى أن تنقضى الرهون الأخرى المسجلة على العقار (مادة ٥٧٨)

٢ ـــ عرض قيمة العقار

قد يجوز أن يكون الدين المطلوب لطالب البيــع المرتهن أكثر من قيمة العقار الحقيقية فللحائز فى هذه الحالة أن يعرض تلك القيمة دفعا للبيع

ويشترط فى عرض قيمة العقار ما يأتى :

أولا ـ أن لايكون أقل من الباقى من ثمنه فى ذمة الحائز مثلا : لو بيع العقار بألف دفع منهـا النصف وبقى النصف الآخر ثم هبطت قيـمة العقار وقت حلول الدين إلى ثلثمائة لايجوز للحائز أن يقدر قيمة الباقى بأقل من خمسمائة لأن هــذا المبلغ مملوك للدين بسبب هذا العقار فهو حق للدائنين

ثانيا ـ أن يكون العرض لجميع أرباب الديون المسجلة لا لطالب البيع وحده وأن يكون فى محلاتهم المختارة فى قوائم تسجيل الرهون وأن يكون مصحوبا بإعلان الأوراق الآتية (مادة ٥٨٢) :

١ ـ صورة عقد انتقال الملكية إلى الحائز مع بيــان أسماء المتعاقدين والثمن المتفق عليه والتعهدات الأخرى التى يكون الحائز قد تعهد بها وموقع العقار بالضبط

٢ ـ تاريخ ونمرة تسجيل العقد المذكور

٣ ـ قائمــة ببيان الرهون المسجلة فى وقت العرض وتواريخها ومقدار الديون المسجلة وأسماء الدائنين

٤ ـ إذا كان العقار مرهونا أجزاء كل جزء على انفراده وجب عرض قيمة كل منها على حدتها (مادة ٥٨٠)

ثالثا — أن يقبل الدائنون هذا العرض (مادة ٥٧٩)

وللدائنين ستون يوما لإظهار رضاهم من عدمه تبتدئ من تاريخ آخر إعلان رسمى ورد لهم من طالب العرض

فإذا انقضت تلك المدة ولم يظهر أحد منهم رغبته فى الزيادة على الثمن المعروض اعتبر العرض مقبولا

و يضاف إلى الستين يوما المذكورة مواعيد المسافة التى تكون بين المحل الأصلى لكل دائن و بين محله المختار فى قائمة تسجيل الرهون بشرط أن لاتزيد عن ستين يوما أخرى

ولا تعتبر المعارضة فى قيمة الثمن المعروض إلا إذا قرر المعارض ذلك فى قلم كتاب المحكمة وصرح بأنه يزيد عليه (مادة ٥٨٣)

فإذا كان العقار مرهونا أجزاء لا تكون الزيادة من كل دائن إلا فى قيمة الجزء المرهون له من العقار

ولا يجوز لطالب الزيادة أن يعدل عنها إلا إذا رضى بذلك جميع أرباب الديون المسجلة فإن لم يرضوا فعليه دفع الزيادة (مادة ٥٨٤)

رابعا — يجب أن يكون عرض المبالغ المقدرة بها قيمة العقار قبل الحكم بنزع الملكية (مادة ٥٧٧)

وللحائز أن يعرض المبلغ قبل أن يكلف بذلك رسميا (مادة ٥٧٩)

ولا يجب أن يكون العرض بتقديم المبلغ المطلوب عينا بل يكفى أن يعلن الحائز استعداده للدفع أيا كان ميعاد حلول الديون المسجلة (مادة ٥٨١)

٣ — فى التخلية بين الحائز وبين العقار

التخلية هى أن يرفع الحائز يده عن العقار و يتركه للدائنين

ثم هى لا تكون إلا صراحة بتقرير من الحائز يكتب فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن العقار بدائرتها (مادة ٥٨٥)

وليس لهذا التقرير زمن محدود قبل نزع الملكية

ولا يترتب على التخلية فقدان ملك الحائز بل يبقى مالكا وقد يكون له منفعة من ذلك

وكذلك تبقى جميع الحقوق التى يكون رتبها على هذا العقار

ويتبع ذلك :

١ ـ ان التخلية لاتقتضى دفع رسوم نقل ملكية

٢ ـ إذا هلك العقار فعلى الحائز

٣ ـ إذا زاد ثمن العقار عن الديون فالزيادة ملكه ويشفع بها دائنوه الخصوصيون المرتهنون للعقار نفسه بعد إيفاء مطلوب دائنى المدين الأصلى المرتهنين (مادة ٥٩١)

٤ ـ تبقى الحقوق التى رتبها الحائز على العقار

٥ ـ يجوز للحائز الذى تخلى أن يرجع عن تخليته إذا دفع جميع الدين والمصاريف قبل صدور الحكم بنزع الملكية

٦ ـ يبقى الحائز ملزما للدائنين بما يكون أصاب العقار من النقص بفعله أو بإهماله (مادة ٥٨٩)

(أ) لمن حق التخليـــة

حق التخلية هو لحائز العقار المرهون غير المدين

فلا تجوز التخلية :

١ ـ من المدين نفسه

٢ ـ من شريكه فى الدين سواء كان متضامنا معه أم لا

٣ ـ من الكفيل

٤ ـ من ورثة من ذكروا

٥ ـ من غير ذى أهلية للتصرف

٦ ـ ممن رسا عليه مزاد العقار المبيع الحاصل بالمحكمة (مادة ٥٩٤)

(ب) فى إجراآت التخلية

يجب على حائز العقار بعد التقرير بالتخلية فى قلم الكتاب كما تقدم أن يعلن الدائنين بها

ولمن يريد التعجيل منهم أن يطلب من قاضى المواد الجزئية تعيين أمين للعقار المخلى تجرى فى وجهه الإجراآت المتعلقة بالبيع

ويجوز أن يعين الحائز نفسه أمينا إذا طلب ذلك (مادة ٥٨٦)

٤ — فى محل إجراآت نزع الملكية

إذا لم يختر الحائز أحد الأمور الثلاثة المتقدمة لم يبق للدائن إلا أن يباشر إجراآت نزع الملكية ضده

وإجراآت نزع الملكية مسطورة فى قانون المرافعات (مادة ٥٣٧) مرافعات وما بعدها

تتمة

فى أحكام مشتركة بين التخلية ونزع الملكية

يبنى على التخلية أو نزع الملكية ما يأتى :

أولا — أن يدفع لحائز العقار ما يكون أنفقه من المصاريف الرسمية والمصاريف القانونية على العقار وكذا المصاريف الضرورية والمصاريف التى صرفت فى تحسين العقار بقدر ما زاد فى قيمته

ويتقص جميع ذلك من ثمن العقار (مادة ٥٨٨)

ثانيا — أن ترد اليه جميع حقوق الارتفاق والحقوق العينية التى كانت له على العقار قبل انتقاله إليه ومن ذلك حق الرهن وحق الاختصاص إذا كان تسجيله محفوظا ولم ينقض حكمه بالشطب أو بمضىّ الزمن (مادة ٥٩٠)

ثالثا — أن يكون له الحق فى الرجوع على مَنْ ملّكه العقار إذا كان التمليك بمقابل (مادة ٥٩٢)

رابعا — أن يكون له حق الرجوع على المدين الأصلى إن كان غير الذى ملّكه العقار بجميع المصاريف التى صرفها بأىّ صفة كانت فيدخل فى ذلك ما يكون تحمله للدائنين من التعويض بسبب نقص قيمة العقار (مادة ٥٩٢)

ويرجع أيضا عليه بما يكون صرفه زيادة على مصاريف عقد التمليك وذلك فى حالتين (مادة ٥٩٣) :

الاولى — إذا رسا مزاد العقار على الحائز نفسه

الثانية — إذا أبقى العقار فى يده بأن وفّى الدائنين ديونهم أو قبلوا منه قيمة الثمن

ومقابل هذه الحقوق يجب على الحائز أن يرد غلة العقار من يوم التنبيه عليه بنزع الملكية أو بالتخلية إلا إذا سقط الحق فى مطالبته بذلك

وهذا الحق يسقط بمضى ثلاث سنين (مادة ٥٨٧)

المبحث الثالث ـ فى حق الأولوية

حق الأولوية يكون للدائن المرتهن إذا كان هناك دائنون آخرون للدين نفسه متأخرون عنه فى تسجيل حقوقهم وهم إما أن يكونوا دائنين عاديين أو مرتهنين أو ممتازين

فأما بالنسبة للدائنين العاديين فحق الأولوية ظاهر إذ لامنافس للدائن المرتهن منهم لتقدمه عليهم بمقتضى رهنه

وأما بالنسبة للدائنين الممتازين أو المرتهنين فحق الأولوية يكون لمن سبق منهم بالتسجيل (مادة ٥٦٧)

فيجب على من يريد الاحتجاج برهنه على ذوى الحقوق على العقار المرهون والتقدم على غيره من الدائنين الذين يسجلون ديونهم أن يسبق بتسجيل عقد الرهن بعد تحريره رسميا كما تقدم فى قلم كتاب المحكمة التى يكون العقار بدائرتها

مثلا : إذا حُرِّر العقد الرسمى بقلم كتاب محكمة الإسكندرية وكان العقار المرهون فى مديرية الجيزة وجب تسجيل العقد المذكور بقلم كتاب محكمة مصر لتبعية الجيزة إليها

وكذلك إذا حُرِّر عقد الرهن فى بلد أجنبية وكان مستوفيا شروط الصحة طبقا لقوانين ذلك البلد

وتسجيل العقد عبارة عن نقله بحرفه فى دفتر خاص معدّ لذلك

ويجب أن يقدم طالب تسجيل عقد الرهن إلى قلم الكتاب قائمتين تشتمل كل منهما على البيانات الآتية (مادتى ٥٦٥ و ٥٦٦) :

أولا ـ اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل سكنه ومحل آخر يختاره فى دائرة المحكمة المطلوب تسجيل العقد فى قلم كتابها ليكون مركزا له تعلن فيه أو منه الأوراق الخاصة بالإجراآت المتعلقة بالرهن إذا اقتضى الحال

فان لم يعين المحل المختار فى العقد تعلن الأوراق الخاصة بالرهن لقلم كتاب المحكمة التى حصل فيها التسجيل ويكون إعلانها على هذا الوجه صحيحا

ثانيا — اسم المدين أو الثالث الذى رهن العقار إذا كان غير المدين ولقبه وصناعته وسكنه

ثالثا — بيان العقار المرهون بيانا كافيا

رابعا — قيمة الدين وبيان أجله

خامسا — تاريخ عقد الرهن ونوعه وبيان قلم الكتاب الذى حُرّر فيه

ويشترط بعد ذلك لصحة الاحتجاج بالرهن على غير المتعاقدين أن يكون حاصلا قبل ترتب حقوق ذلك الغير من قِبَل الراهن على العقار

مثلا: إذا باع زيد عقاره ثم رهنه وسجل المشترى عقده قبل تسجيل عقد الرهن لايحتج بهذا الأخير على المشترى

وكذلك إذا رهن المدين عقاره لزيد ثم رهنه بعد ذلك لعمرو فالأولوية لمن سبق بالتسجيل

ومع ذلك لايجوز فى حالة الإفلاس أن يحتج بالرهن المسجل على بقية الدائنين من التاريخ الذى تحدّد لإفلاس المدين (مواد ٢١٢ — ٢١٧ من قانون التجارة) و (مادة ٥٦٥ مدنى)

ولا يكفى تسجيل الرهن مرة واحدة بل يجب تجديد ذلك فى كل عشر سنين فإن لم يُجدد كان لاغيا وسقطت أولوية المرتهن وتقدّم عليه من كان بعده

ومع ذلك يجوز له أن يجدّد التسجيل إذا كان العقار لايزال باقيا فى ملك الراهن بعد مضىّ العشر السنين المذكورة ولم يكن قد أفلس وتكون درجته حينئذ من تاريخ التجديد (مادة ٥٦٩)

ولايجب التسجيل بعد بيع العقار أمام المحكمة ومضىّ المواعيد التى يجوز إعادة البيع فيها لزيادة العشر على الثمن الذى رسا به البيع (مادة ٥٧٠)

والسبب عدم الفائدة من تجديد التسجيل لأن البيع يمحى كل رهن وكل حق امتياز على العقار ولا يبق إلا توزيع الثمن على الدائنين بحسب مراتبهم

والتسجيل إما أن يكون فى أزمان مختلفة وإما أن يكون فى يوم واحد وعلى كلا الحالين المقدّم هو السابق (مادة ٥٦٧)

ولذلك وجب أن تُبيّن ساعات تقديم قوائم التسجيل إلى قلم الكتاب فى دفتر مخصوص يُقيّد فيه بيان سندات العقود أو القوائم المطلوب تسجيلها عند تسليمها إليه الأول فالأول بنمر متتابعة (مادة ٦٢٣)

وحق الأولوية ثابت على ثمن العقار المبيع سواء كان بيعه بطلب من الدائن الذى له الأولوية أم لا

وكذلك له الحق على مبلغ التأمين من الحريق إذا كان البيت قد احترق وكان مؤمنا (مادة ٥٦٧)

مبحث ــ فى انقضاء الرهن العقارى

لم يذكر القانون شيئا عن انقضاء الرهن ولكنه أتى بنصين خاصين بمحوه وهو لا يمحى إلا إذا سقط أو انقضى وهما المادتان (٥٧١) و (٥٧٢)

والرهن ينقضى بانقضاء التعهد المكفول به لأنه تابع له كما بيناه فى صدر هذا الكتاب

وليس هناك ما يستحق الذكر إلا حالة واحدة افترق فيها القانون الأهلى من القانون المختلط وهى انقضاء الرهن باستحقاق العقار المرهون لغير الراهن فالقانون الأهلى يسقط الرهن بسقوط ملكية من رتبه مطلقا والقانون المختلط يحفظه فى الأحوال الآتية :

١ ــ إذا كان الراهن حسن النية وألغى عقد ملكية الراهن لعيب كان فيه أو لعدم قيام المالك بجميع تعهداته قِبَل من تلقى الملك عنه

٢ ــ إذا كان الراهن اشترى العقار تحت شرط فاسخ يجهله المرتهن ولا يدخل بيع الوفاء فى هذا الاستثناء

٣ ــ إذا ألغى عقد الملكية فيما زاد عما تجوز الوصية فيه

٤ ــ إذا كان الرهن على حق انتفاع وسقط حق المنتفع لسوء استعماله الشئ المنتفع به

٥ ــ إذا ألغى عقد الملكية لتعذر التنفيذ أى من جانب من انتقل إليه حق الملك

هذه كلها استثناآت خارجة عن القواعد العامة فى جميع القوانين ولكن القانون المختلط استحدثها فى فائدة المتقاضين أمام المحاكم المذكورة

ولم يتفق القانونان إلا فى حفظ الرهن لفسخ عقد البيع بناء على عدم قيام المشترى بدفع الثمن إذا كان المرتهن حسن النية وقد سجل رهنه قبل تسجيل عقد البيع (مادة ٦٢٠ أهلى ومادة ٧٤٧ مختلط)

والرهن حق عينى يزول بمضى المدة سواء اكتسب واضع اليد على العقار ملكيته بهذا السبب أو لم يكتسبه أعنى أنه يجوز التخلص بمضى المدة من الرهن وحده إلا أنه يترتب على اكتساب الملكية بمضى المدة إسقاط الرهن الذى على العقار

وينقطع سريان المدة بالنسبة للرهن إذا عمل الدائن عملا متعلقا به كمخاصمة واضع اليد بشأن الرهن وغير ذلك ومتى انقضى الرهن جاز محوه من دفاتر التسجيل

إلا أن محوه لايكون بمجرد طلب من له مصلحة فى ذلك بل لابد من حكم المحكمة به فى خصومة تقام فى وجه الدائن وأن يكون الحكم انتهائيا أو من رضا الدائن بشرط إعلانه فى تقرير رسمى يحرر فى قلم كتاب المحكمة (مادة ٥٧١)

ويقدم طلب المحو إلى المحكمة الابتدائيـة التابع لها العقار إذا لم يكن بين الطرفين خصومة فى الدين المضمون بالرهن

فإن كانت خصومة قدم الطلب إلى المحكمة التى تنظر فيها (مادة ٥٧٢)

الفصـــــل الرابع

فى اختصاص الدائن بعقارات مدينه

اختصاص الدائن بعقارات مدينـه هو تسجيل الحكم الصـادر بإلزام المدين بالدين فى قلم كتاب المحكمة بعد الإذن بذلك من رئيسها

والاختصاص نوع من الرهن العقارى تجرى عليه أحكام الرهن إلا ما استثنى بنص صريح

الفرع الأول — لمن حق الاختصاص

لكل دائن بيده حكم صادر من إحدى المحاكم النظاميـة أن يختص بعقارات مدينه تأمينا على دينه

ولا يشترط فى الحكم أن يكون انتهائيا بل يكفى أن يكون ابتدائيا وكذلك لا فرق بين الحكم الغيابى وبين الحكم الاتفاقى (مادة ٥٩٥)

ويجب أن يكون الحكم صادرا فى موضوع الدين فتخرج بذلك الأحكام التمهيدية والتحضيرية

وكانت المحاكم تعطى الإذن بالاختصاص بناء على الحكم الصادر بالتصديق على اعتراف المدين بسند الدين طبقا (للمادة ٢٥٢ مرافعات) ولكن ذلك غير صواب وقد عُدل عنه

الفرع الثانى ـ فى الحصول على الاختصاص

يقدم الدائن طلبا لرئيس المحكمة ويُصدر الرئيس إذنا بالاختصاص ويكون الطلب شاملا للبيانات التى تذكر فى قوائم التسجيل (راجع ص ٣٥٦)

وعلى كاتب المحكمة أن يسجل هذا الإذن فى الدفتر المعد لذلك

فاذا رُفض طلب الاختصاص جاز للطالب أن يرفع الأمر الى المحكمة فى وجه المدين وهى تقضى به أو ترفضه على حسب ما ترى

ومتى صدر الإذن أو الحكم بالاختصاص وجب على كاتب المحكمة أن يسجله فى الدفتر المعد لذلك

ويجب أن يكون التسجيل فى يوم صدور الإذن أو الحكم (مادة ٥٩٦)

فان تأخر الكاتب عن التسجيل فى اليوم المذكور عوقب بالغرامة

والتسجيل هو نقل صورة العريضة المقدمة من الدائن وصورة أمر رئيس المحكمة الصادر عليها أو صورة الحكم الصادر من المحكمة بذلك

ويُكتب بأعلى كل تسجيل تاريخه وبهامشه نمرته بحسب الترتيب (مادة ٥٩٧)

فاذا تأخر الكاتب فى تسجيل الاختصاص فى يوم صدور الأمر أو الحكم بذلك الزم بالتضمينات الناشئة عن تأخيره (مادة ٥٩٨)

الفرع الثالث ـ فيما يترتب على الاختصاص

يترتب على اختصاص الدائن بعقارات مدينه صيرورة تلك العقارات مرهونة من يوم التسجيل وينشأ عن ذلك جميع الحقوق التى تترتب على الرهن العقارى

ولذلك تسرى على هذا الرهن جميع القواعد المتعلقة بالرهن العقارى إلا ما يتعلق بحق الأولوية (مادة ٥٩٩)

أما حق الأولوية فمفقود إذا عُجلت عدة اختصاصات فى يوم واحد بمعنى أنه لا يترتب على التقدم فى النمرة أو ساعة التسجيل أفضلية أحدها على الآخر وحينئذ يشترك جميع الدائنين فى اقتسام ثمن العقار (مادة ٦٠٠)

مبحث — فى المفاضلة بين الاختصاص والرهن العقارى

يتقدم أحدهم على الآخر إذا تقدم عليه فى تاريخ التسجيل ويتأخر عنه إن تأخر

فإن عجلا فى يوم واحد فالأولوية للرهن العقارى

ويُستثنى من ذلك ما إذا كان المدين رضى بالرهن العقارى إضرارا بحقوق دائنيه الذين تحصلوا على الاختصاص بعقاراته (مادة ٦٠٠)[1]

الفصل الخامس

فى الامتياز

الامتياز صفة من صفات الدين تخول الدائن حق التقدم على من دونه من الدائنين فى استيفاء دينه من ثمن الشئ المترتب عليه

ولصاحب الامتياز ما للمرتهن من حق تتبع الشئ أنى وُجد إلا أن ذلك خاص بالامتيازات على عقار معين أو منقول معين وأما الامتيازات العامة فإنها لا تعطى حق التتبع وأثرها قاصر على تفضيل صاحبها عند التزاحم كما سيجىء

يختلف الامتياز عن الرهن العقارى فيما يأتى :

١ — الامتياز متفرع من صفة الدين أما الرهن فلا علاقة له بتلك الصفة

٢ — يثبت حق الامتياز على العقار وعلى المنقول سواء والرهن العقارى لا يكون إلا على العقار

٣ — حق الامتياز مقدم على حق الرهن إلا فى حالة واحدة وهى التى يكون الرهن فيها مترتبا من قِبل صاحب حق الامتياز

(١) حق اختصاص الدائن بعقارات مدينه بناء على حكم صادر بالدين من الحقوق المختلف عليها وجمهور العلماء لا يقول به وكثير من الشرائع أبطله وحياته الآن على رشف الانقضاء

مثلا : لزيد عقار رهنه لبكر ثم باعه لخالد ولم يقبض الثمن فلزيد حق امتياز البائع إلا أنه يتأخر عن بكر المرتهن لأنه هو الذى رتب له الرهن

٤ – إذا تعدد ذوو الديون الممتازة فالقاعدة أن الأولوية بينهم لا تكون للأسبق منهم فى الدين بل ترتيب الأولوية يرجع إلى صفة الدين بخلاف ما هو حاصل فى الرهون

الفرع الأول – فى أقسام الامتياز

الامتياز ثلاثة أقسام :

١ – امتياز على المنقول والعقار معا

٢ – امتياز على بعض المنقولات خاصة

٣ – امتياز على بعض العقارات خاصة

المبحث الأول – فى الامتياز العام

الامتياز العام هو ما يشمل المنقول والعقار

والديون التى لها هذه الصفة هى الآتية :

أولا – المصاريف القضائية المنصرفة لحفظ أملاك المدين وبيعها (مادة ٦٠١ فقرة ١)

والمراد بالمصاريف القضائية جميع الرسوم التى للمحاكم كالرسوم النسبية أو المقررة ومصاريف الحجز والبيع وتوزيع الثمن ومصاريف أهل الخبرة وغير ذلك

وتُدفع من ثمن الأملاك قبل ديون الدائنين الذين صرفت فى منفعتهم

ثانيا – الديون المستحقة للمستخدمين مدة سنة سابقة على البيع أو الحجز أو الإفلاس وكذا ديون الكتبة والعملة مقابل أجورهم مدة ستة أشهر (مادة ٦٠١ فقرة ٣)

وتُدفع هذه الديون بأنواعها الثلاثة من ثمن أموال المدين منقولة كانت أو ثابتة

ثالثا – المبالغ المستحقة للميرى من ضرائب أو رسوم أيا كان نوعها

ويكون امتيازها بحسب الشروط المقررة فى الأوامر واللوائح المختصة بها (راجع على الأخص قانون ٢١ إبريل سنة ١٨٨٥ و ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٥ و ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٨٦ و ١٢ إبريل سنة ١٨٩٢) (مادة ٦٠١ فقرة ٢)

رابعا — المبالغ المستحقة فى مقابل ما صُرف لصيانة الشئ (مادة ٦٠٣)

خامسا — المبالغ المستحقة للغير على الصيارف (مادة ١ و ٢ من الأمر العالى الرقيم ٢١ إبريل سنة ١٨٨٥)

المبحث الثانى — فى الامتياز على المنقول خاصة

الديون الممتازة على المنقولات هى الآتية :

أولا — المبالغ المتصرفة فى حصاد محصول السنة (مادة ٦٠١ فقرة ٤)

ثانيا — ثمن البذور التى نتج منها المحصول (مادة ٦٠١ فقرة ٤)

ثالثا — ثمن آلات الزراعة التى لم تزل فى ملكية المدين وتدفع من أثمان تلك الآلات (مادة ٦٠١ فقرة ٥)

رابعا — أجرة العقار وما استحق للمؤجر من قبلها وتدفع من ثمن المنقولات الموجودة بالمحلات المستأجرة ومن ثمن محصولات السنة المملوكة للمستأجر ولو كانت موضوعة خارج الأطيان المؤجرة (مادة ٦٠١ فقرة ٦)

خامسا — المبالغ المستحقة لأصحاب الفنادق والخانات قبل النازلين فيها وتُدفع من ثمن الأشياء المودعة فيها (مادة ٦٠١ فقرة ٨)

وهناك امتيازات أُخر على المنقولات مقررة بمقتضى قوانين خاصة ويتبع فى ترتيبها ماهو مذكور بتلك القوانين (مادة ٦٠٤)

المبحث الثالث — فى الامتياز على العقار خاصة

أولا — امتياز الشركاء فى عقار إذا اقتسموه بينهم فيكون لكل واحد منهم حق امتياز على ذلك العقار تأمينا لحقوقهم الناشئة من القسمة (مادة ٦٠٢)

ثانيا — امتياز البائع الذى لم يأخذ ثمن العقار المبيع (مادة ٦٠١ فقرة ٧)

ثالثا — المبلغ المدفوع من غير المشترى ثمنا للمبيع بشرط أن يكون هناك عقد ثابت التاريخ رسميا إن لم يكن مسجلا مذكور فيه أن المبلغ المدفوع كان مخصصا لأداء الثمن

وهذا الامتياز يثبت بتسجيل عقد القسمة فى قلم الكتاب أما رتبته فتكون على حسب ترتيب تسجيله (مادة ٦٠٦ فقرة ٧)

الفصل السادس

فى حق حبس الشئ

حق حبس الشئ وسيلة تشبه الرهن والامتياز من جهة كونها تعطى صاحب ذلك الحق أفضلية فى استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين

ويشترط فيه أن يكون الشئ فى حيازة من له حق الحبس

وأن تكون تلك الحيازة مسبّبة عن الدين المطلوب له

أما الذين لهم ذلك الحق فهم (مادة ٦٠٥) :

أولا ـ الدائن الذى أوجد تحسينا فى العين فله حق حبس العين حتى يوفى ما صرفه أو ما زاد فى قيمة الشئ على حسب الأحوال

ثانيا ـ الدائن الذى صرف مصاريف كانت ضرورية أو لازمة لحفظ الشئ

ثالثا ـ الدائن المرتهن رهن حيازة

رابعا ـ كل دائن رُخص له فى القانون بذلك الحق كالبائع ومن استحق عليه العقار وكل من وجب عليه الوفاء بتعهد مقابل وفاء الطرف الثانى بتعهد آخر

وحق الحبس هذا من قبيل حقوق الامتياز

الباب الثالث

فى الضمان العام

يقضى القانون بأن أموال المدين بجعلها ضامنة لتعهداته (مادتى ١٤١ و ٥٥٤)

وحكم هذا الضمان جواز استيفاء الدائنين حقوقهم من جميع أموال مدينيهم مع مراعاة الإجراآت المقررة فى القانون (مادة ٥٥٥)

ولما كان كل إنسان حرا فى التصرف فى أمواله بجميع أنواع التصرفات الشرعيـة كان لامعنى لهذا الحق إلا إذا ساغ استيفاء تلك الأموال فى يد أصحابها حتى لايكون للماطل سبيل الى إخفائها أو تحويلها إلى عروض لايتمكن الدائنون من اللحاق بها بشرط أن لا تكون وسائل الاستيفاء معطلة للمعاملات ولا ضاربة على أيدى الملاك فى الانتفاع بما يملكون كما يشاؤون

لاحظ الشارع هذه الضرورة من الجانبين واتخذ فى الأمر سبيلا وسطا فقرر للدائنين حقوقا تقيهم ضرر تصرفات المدينين على قدر الإمكان ولا تعرقل حرية المعاملات من جهة أخرى

وهذه الحقوق نوعان : حقوق تُمكّن الدائنين من استيفاء أموال المدينين وحقوق تجعل التنفيذ على تلك الأموال عند الحاجة مؤدّيا للغرض المقصود

الفصل الأول

فى وسائل استيفاء أموال المدين

أموال المدين بوجه عام هى التى تجوز معاوضتها بالنقد أو بيعها بالمزاد العام لافرق فى ذلك بين الأموال المملوكة حين التعامل والتى تقع فى ملك المدين بعده ولا بين الأموال الخاليـة من الحقوق العينية والتى تكون مشغولة بشئ من تلك الحقوق ــ ومنها الرهن بأنواعه وحق الحبس والامتياز ــ ولا بين أن تكون فى حيازة المدين أو بيد غيره

وللدائن فى استيفاء هذه الأموال طريقان :

الأول ــ إبطال التصرفات التى تقع من مدينه

الثانى ــ استعمال حقوق المدين بدلا منه

الفرع الأول ـــ فى إبطال تصرفات المدين

ليس المدين فاقد الأهلية وليس الدائن وصيه ولا قيما على أمواله فلهذا كما تقدم حق إدارة أعماله كما يشاء وحق التصرف فيها كما ينبغى

إلا أن اشتغال ذمته بالدين يفرض عليه أن لا يكون فى تصرفاته مستهينا بحق دائنيه فيتعمد ضررهم فيها و إذا هو أهمل هذا الواجب وأتى عملا ضارًا بهم ردوه عليه

ويتناول هذا الحق كل تصرف يخرج به المدين عن شئ من ملكه لافرق فى ذلك بين المعاوضات و بين التبرعات

و يجب أن يكون الشئ اتصل بملك المدين فعلا فلا يعد من الملك مالم يتم التعاقد عليه نهائيا كما لو رغب المدين إلى غيره فى ابتياع صفقة وكانت رابحة وقبل هذا قبولا مبدئيا فعرض المشترى الصفقة وهذا القبول على ثالث وخرج منها

و يدخل فيما يجوز إبطاله :

١ ـ العقود بأنواعها

٢ ـ التنازل عن حق مكتسب

٣ ـ الإبراء من التعهد

٤ ـ الصلح الحاصل أمام المحكمة بتواطؤ بين المدين والخصم الآخر

٥ ـ ترك التمسك بمضى المدة الذى تم

ولا يجوز للدائن الطعن على الأعمال الآتية :

١ ـ عدم قبول الهبة من الموهوب له

٢ ـ عدم طلب إبطالها من الواهب لإخلال الموهوب له بشروطها

٣ ـ عدم استرداد الحصة المبيعة على الشيوع فى العقار المشترك (راجع قسمة ص ٣٣٤)

٤ ـ عدم طلب العقار المبيع بالشفعة

و يشترط فى كلا النوعين أن يكون التصرف ضارا بالدائنين

و يشترط فى المعاوضات أن يكون هذا الضرر مقصودا

ومجرد الضرر كاف فى إبطال التبرعات (مادة ١٤٣)[1]

المبحث الأول — فى إبطال المعاوضات

الشرط العام : يجب أن يكون التصرف ضارا بالدائن وهو لايكون كذلك إلا إذا أوجب عسر المدين أو زاد فى إعساره وأضعف الثقة بإمكان الوفاء مما بقى

فأول واجب على الدائن الذى يطلب إبطال التصرف أن يقيم البرهان على أن أحد هذين الأثرين واقع وأن مابقى من أموال مدينه لايفى بما هو مطلوب منه

ولا يلتفت إلى أثر التصرف وقت حصوله بل إلى حالة المدين وقت طلب إبطاله فقد يجوز أن يثرى المدين بعده ولا يكون حينئذ مايدعو إلى إبطال تصرفه

فإن لم يكن للتصرف ذلك الأثر ولكن المدين أعسر بعد ذلك بسبب آخر فلا تأثير لذلك على التصرف ولا حق للدائن فى إبطاله

الشرط الخاص : يجب أن يكون التصرف مقصودا من المدين ويكفى فى القصد أن يكون المدين عالما حين التصرف بما هو عليه من العسر أو بما يوجبه تصرفه من إعجازه عن الوفاء بما عليه حتى ولو كان قصد الضرر بعيدا عنه لأن إقدامه على التصرف مع علمه بحالة نفسه يعتبر فى ذاته غشا يصح لأجله إبطال ذلك التصرف

(١) نص المادة هكذا « للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم ولهم فى طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق إضرارا بهم » وهو غير واف من جهتين :

الأولى — أنه ساوى بين إبطال المعاوضات وإبطال التبرعات وترك الحقوق فى الشرط إذ لافرق بين قوله (بقصد ضررهم) فى جانب الأولى وقوله (إضرارا بهم) فى جانب الثانية

الثانية — أن مجرد قصد الإضرار لايكفى لإبطال التصرف ولا يتحقق الشرط إلا بالضرر الواقع فيجوز أن يقصد بالتصرف إضرار الغير ولكنه لايضره فى الواقع كما لو كان المدين يملك أرضا زراعية ردّا ثم باع الأرض مثلا أن الدار لاتفى بحقوق الدائن والواقع غير ذلك

ثم إن عبارة النص غير معينة لأنه عبر عن التصرفات بالأفعال وهذه أعم من تلك فى الاصطلاح ولعله أراد العموم ليدخل الأحكام أيضا فى النص

والظاهر أن الواضع نسى أنه وضع هذا النص هنا فأعاده فى الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الرابع فى حقوق الدائنين بالنص الآتى (مادة ٥٥٦) :

« لايجوز الطعن من الدائنين فى تصرف مدينهم فى أمواله بمقابل إلا إذا كان التصرف حاصلا للإضرار بحقوقهم »

ومن يقرأ النصين لايجد بينهما فرقا من حيث التصرفات بمقابل ولكن الفرق فى عدم ذكر التبرعات فى النص الأخير ولا داعى لإجهاد الفكرة فى التماس سبب هذا فى الواقع أن النص الأخير فضلة اللهم إلا إذا أخذنا منه دليلا جديدا على اضطراب الوضع وتشتت أحكام هذا القانون

لم يشر النص إلى المدين يشترط فيهم قصد الضرر وعبارته تفيد أنهم المدينون لانه لم يسند التصرف لغيرهم

إلا أن التصرف لايقع بين المدين ونفسه بل هناك طرف آخرهو الذى تعامل معه المدين وإذا صح إبطال التصرف لسوء نية المدين وحده كان ذلك مضرا بالذى تعاقد معه ضررا لايستحقه لأنه لم يأت أمرا إدًا

على أن شأنه شأن الدائن بلا فرق فقد فقد المدين عوض ماأخذ منه كما أن الدائن فقده المدين وحق إبطال التصرف مبنىّ على إزالة الضرر ولا يلزم بذلك إلا من فعله وما فعل الذى تعاقد مع الدائن ضررا لأحد ولا قصد أن يضر أحدا ولكنه استعمل حقه الثابت لجميع الناس فاشترى أو استأجر أو قايض ومن الظلم أن يضار ولا سيما إذا لوحظ أنه ليس له من وسيلة يتقى بها سوء نية المدين إذ لاحق له فى البحث عن أحواله

لذلك اتفقت كلمة الشرعيين على وجوب تحقق سوء النية من جانب الذى تعاقد مع المدين أيضا ليجوز للدائن طلب إبطال التصرف المضرّ به لأنه يكون خارجا عن حماية القانون

ولا يشترط التواطؤ فعلا بين الاثنين بل يكفى أن يكون المتعاقد مع المدين عالما بحاله وأن العمل الذى اشتركا فيه يجعل المدين غير قادر على الوفاء بما عليه

ومع ذلك إذا كان الطرف الثانى صاحب حق قبل المدين سقط حق غيره من الدائنين فى إبطال التصرف كما لو كان التصرف حاصلا لذى دين لأن هذا غير ملزم بالامتناع عن نيل حقه إلا إذا كان المدين تاجرا فى حالة الإفلاس

هذا كله إذا بقى المال فى يد من تلقاه عن المدين فاذا تصرف فيه رجعت المسألة من جديد

وتساءل العلماء إن كان يجوز إبطال التصرف الثانى أولا ثم أجمعوا والقضاء معهم على الجواز بمراعاة الشروط عينها أعنى أنه إذا كان التصرف الجديد حاصلا بين اثنين يعلمان حال المدين جاز للدائن طلب إبطال التصرفين وإن كان الذى تلق الحق أخيرا حسن النية فلا يجوز إبطال التصرف

وعلى الدائن أن يثبت سوء النية كلما كان ذلك شرطا فى قبول طلبه

المبحث الثانى — فى إبطال التبرعات

لايشترط فى جواز إبطال تبرعات المدين بطلب دائنه إلا أن يكون التصرف مضرا سواء كان الطرفان المتبرع والمتبرع له أو أحدهما سيئ النية أم لا وهذا هو الفرق بين التصرفين

وعلته أن المعاوضات تصرفات بمقابل وعليها تتوقف حركة المعاملات وإنماء الثروة العمومية فلا يجوز إبطالها إلا مع التحفظ وكمال العناية وأما التبرعات فهى استثناآت وإبطالها لايضر أحدا غاية الأمر أنه يحرم الموهوب له من ربح كان صائرا إليه بغير إرادته وبلا سعى منه والدائن يسعى فى دفع الضرر ودفع الضرر مقدم على جلب المنفعة

وتشمل التبرعات كل تصرف بلا عوض كالهبة والإبراء من الدين والتنازل عن ملك اكتسب بمضى المدة أو عن حق انتفاع أو رهن عقارى

ويلحق بذلك الوقف وقد جاء به نص خاص لرفع الشك وهو المادة (٥٣)

ويكفى للدائن أن يثبت أن التبرع أوجب عسر المدين أو زاد فى إعساره وأضعف الثقة بوفاء الدين مما بقى له من الأموال كما تقدم

وإذا خرج المال من يد الموهوب له ينظر :

إن كان وهبه لثالث فالبطلان جائز متى كان شرط الضرر محققا إذ ما جاز على أحد المثلين جاز على الآخر

وإن كان التصرف معاوضة وجب تحقق سوء النية فى الطرفين

المبحث الثالث — فى من له حق إبطال التصرفات

تقدم أن الذين لهم حق إبطال تصرفات المدين هم الدائنون الذين أصابهم ضرر من التصرف

لا فرق بين الدائن العادى والمرتهن أو الممتاز

إذ يجوز أن يسقط الرهن أو الامتياز أو يكون غير كاف لضمان الدين أو متأخرا فى الرتبة على أن الدائن المرتهن أو الممتاز لم يخرج عن كونه قبل ذلك دائنا عاديا ورهنه أو امتيازه تمكين لحقه فلا يضار بسبب ذلك

إلا أنه يجب على كل حال إثبات وقوع الضرر مع وجود الرهن أو الامتياز وهذا متعسر عادة إن لم يكن متعذرا

ويجب أن يكون حق الدائن موجودا قبل التصرف فإن لم يترتب فى ذمة المدين إلا بعده فلا يجوز إبطاله

والحقوق المعلق وجودها على شرط تعتبر غير موجودة إلى أن يتحقق الشرط

قد يقال إن حكم الشرط الواقع يجعل الحق ثابتا من يوم العقد والقياس يقضي بجواز طلب بطلان التصرف الواقع بين العقد وتحقق الشرط إلا أن المادة استثنائية والاستثناء يقدر بقدره ولا يتوسع فيه بالقياس وتقدم أن للدائن بشرط لما يتحقق اتخاذ الطرق التحفظية (راجع ص ١٥٣) وحق إبطال التصرفات ليس منها

وأما الحقوق المعلق زوالها على شرط فتعتبر موجودة ويصح طلب إبطال التصرفات الحاصلة فيها

ويجب أن تكون أسبقية حق الدائن ثابتة بالطريق القانونى الذى يصح الاحتجاج به على الغير أعنى بتاريخ ثابت على الأقل

المبحث الرابع ـــ فى حكم إبطال التصرفات

لإبطال التصرفات نتائج بالنسبة للدائن الذى أبطل التصرف وبالنسبة لمن تعامل مع المدين وبالنسبة لباقى الدائنين

أما المدين فلا حقوق له

١ ـــ حكم إبطال التصرف بالنسبة لمن أبطله

إبطال التصرف يرجع المال إلى ملك المدين ويكون للدائن الذى أبطل التصرف حق استيفاء دينه من ذلك المال

فإذا كان التصرف حاصلا فى حق على عقار كالانتفاع أو الرهن اعتبر العقار خاليا من ذلك

وإن كان المدين ترك دينا له قبل ثالث أصبح الدين واجبا فى ذمة المدين به

وإن كان المدين استدان بطلت الاستدانة ومنع صاحب الدين من الاشتراك مع الذى أبطل التصرف فى قسمة الغرماء

ويحجز الدائن تحت يد من تعامل مع المدين

ويسقط حقه متى وُفِّى دينه من أىّ طريق كان أعنى من المدين أو من تعامل معه أو من أجنبىّ

٢ — حكم إبطال التصرف بالنسبة لمن تعامل مع المدين

ا — يبق التصرف صحيحا بين المدين ومن تعامل معه

فإذا خلص المدين من ديونه وكانت العين التى انتقلت ملكيتها بالتصرف الذى أبطل لاتزال فى ملك المدين جاز لمن تعاقد عليها معه أن يأخذها

كذلك يجوز له أن يرد طلب البطلان بإيفاء المدعى حقه إلى ماقبل صدور الحكم وأن يبطل أثر هذا الحكم بعد صدوره بالوفاء

والوفاء يشمل الدين وفائدته والمصاريف

ب — يُسأل من تعاقد مع المدين عن تقصيره :

فإن كان التعاقد معاوضة فعليه تبعة هلاك الشئ أو تلفه إن كان ذلك بتقصيره وإن كان تصرف فى المال الذى أخذه فعليه قيمته التى له وقت الحكم ببطلان التصرف إن كانت تزيد على الثمن الذى اشتراه به أو الثمن إن كان هو الذى يزيد عليها ويضمن الفائدة والثمرة التى أهمل جنيها ويجوز الحكم عليه بتعويض

وإن كان التعاقد تبرعا فلايضمن هلاك الشئ أو تلفه وإن بتقصير منه وإن باع المال لايلزم إلا بثمنه قلّ عن قيمته أو زاد وله الثمرة ولا تجب عليه الفائدة مدة حسن نيته

ج — إذا بيع العقار واستوفى الدائن دينه وزاد من الثمن شئ فالزيادة لمن تعاقد مع المدين

د — يجب أن يعوض عليه بقيمة ماصرفه فى حفظ الشئ وكذا المصاريف التى زادت بها قيمته بحيث لاتربو على تلك الزيادة وذلك إلى يوم استلامه منه ويكون تقدير قيمة الشئ فى ذلك الوقت بعينه

أما مصاريف الزخرف فلا تعويض لها وإذا أمكن نزع الزخارف بدون حصول تلف للشئ فله أخذها

هـ — وله حق حبس العين حتى يوفّى بما صرفه من المصاريف الضرورية والنافعة

٣ ـ فى حكم إبطال التصرفات بالنسبة لباقى الدائنين

اختلف الشرعيون فى هذا المبحث اختلافا كبيرا وانتهى باتفاق الفريق الأكبر من أعاظم العلماء ورجال القضاء على أن الدائنين الذين لم يطلبوا إبطال التصرف لايستفيدون منه بل تكون فائدته قاصرة على من سعى إليه

وعليه إذا بيع العقار لايشترك الدائنون الذين لم يطلبوا إبطال التصرف فى توزيع ثمنه بقسمة الغرماء

الفرع الثانى ـ فى استعمال الدائن حقوق مدينه

هذا هو الشق الثانى من وسائل استيفاء أموال المدين وهو قيام الدائن مقام المدين فى استعمال ماهذا الأخير قبل الغير من الحقوق إذا هو أهملها إضرارا بدائنيه[1]

المبحث الأول ـ فى شروط استعمال حقوق المدين

يشترط فى جواز استعمال حقوق المدين ما يأتى :

أولا ـ أن يكون الحق موجودا

خرج بذلك الحق المعلق وجوده على شرط والذى يكون قد اتصل بملك الغير فإن كان هذا الاتصال حاصلا إضرارا بالدائن لزمه قبل استعمال حق مدينه أن يبطل هذا التصرف

مثال ذلك : لزيد حق الملك على عقار موجود فى يد بكر بدعوى أنه اشتراه بعقد وكان العقد باطلا . زيد لم يشأ أن يقيم دعوى البطلان وباع العقار لخالد فإن كان لزيد دائن وأراد استعمال حق طلب بطلان عقد بكر وجب عليه أولا أن يقيم دعوى بطلان التصرف الحاصل لخالد ثم يثنى بدعوى بطلان التصرف

(١) المادة (١٤١) : « لا ترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها إلا لدائنى العاقد فإنه يجوز لهم بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه »

ذكرت المادة الدعاوى ولم تذكر الحقوق اكتفاء بالأولى عن الثانية وإن كانت الحقوق أعم إذ الدعاوى حقوق أيضا إلا أن هذا القصور غير مقصود كما ثبت ذلك من الملحوظات السابقة

وقد فضلنا استعمال كلمة حقوق غالبا فى عبارة الشرح

وأما الحق الموقوف سقوطه على شرط أو أجل فموجود ويجوز استعماله

ثانيـا ـ أن يكون حالاً أى مستحق الوفاء

ثالثـا ـ أن يكون للدائن فائدة حاضرة من العمل وتلك الفائدة لاتقوم إلا إذا كان التأمين العام الذى له على أموال المدين مهدداً بنقص فى الأموال أو الثمرات من تقصير المدين فى استعمال حقه

فإذا نزع المدين إلى الحركة واستعمل حقوقه بطلت الفائدة لكن إذا رأى منه الدائن تقصيراً فى نفس هذا الاســتعمال أو غرضا ضاراً به جاز له أن يدخل معه فى الدعوى ليحول بينه و بين التواطؤ مع خصمه

ولزيادة البيان نأتى على مايجوز للدائن استعماله من حقوق المدين وما لايجوز

الحقوق التى للإنسان نوعان : حقوق متعلقة بالأموال وحقوق متعلقة بالذات وإن كانت تؤثر فى الأموال بعض التأثير وهذه هى التى يسميها القانون : «الدعاوى الخاصة بشخص الإنسان» (مادة ١٤١)

فالأولى هى التى يجوز استعمالها والثانية هى الممنوعة على الدائن

١ ـــ فى الحقوق الجائز استعمالها

يجوز للدائن أن يستعمل من حقوق دائنه مايأتى :

أولا ـ جميع الإجراآت التى يُحفظ بها المال على المدين كقطع سريان مضىّ المدة ومنع سقوط الحقوق لعـدم استيفاء بعض الإجراآت كتجديد تسجيل الرهن وطلب وضع الأختام على محل تجارة مدين المدين وجرد البضائع وغير ذلك

ثانيـا ـ جميع الدعاوى الخاصة بأموال المدين كدعوى الاســترداد ودعوى سقوط حق الانتفاع وفسخ الإجارة وغير ذلك

ثالثـا ـ دعوى التعويض الناشئ عن الجرائم أو التعديات التى تقع على المال دون التى تقع على النفس

رابعـا ـ الطعن فى الأحكام بالطرق القانونية إذا أهمل المدين الدعوى

خامسا ـ تقاضى مالمدين من القروض قبل الغير

سادسا ـ طلب الغاء العقود التى عقدها المدين مع الغير بسبب عدم استيفاء أركانها أو شروط صحتها كما لو كان المدين قاصرا وطلب تكملة الثمن ان كان العقد بيعا وفى الثمن غبن على القاصر (راجع المادة ٣٣٦)

٢ ـــ فى الحقوق التى لايجوز استعمالها

لايجوز للدائن أن يستعمل حقوق مدينه الخاصة بشخصه وهى :

أولا ـ الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية كدعوى النسب والزواج وحقوق الأبوة والولاية والوصاية وغير ذلك وما يتفرع عنها وما يتعلق بها

لكن إذا كان النسب ثابتا جاز للدائن استعمال حق الوارث فى التركة

ثانيا ـ مجرد الإباحات التى للإنسان استعمالها أو تركها بشرط أن لايكون ذلك مؤثرا على الأموال المملوكة فعلا للمدين وقت الاستعمال أو الترك كقبول هبة أو رفضها وقبول إيجاب بصفقة مهما كانت رابحة واسترداد الحصة الشائعة فى العقار الموروث من مشتريها الأجنبى إلى حين القسمة المذكور فى المادة (٤٦٢) والاسترداد المنصوص عنه فى المادتين (٣٥٤ و ٣٥٥) والطلب بالشفعة وغير ذلك مما هو مفوض لمحض اختيار الإنسان ومبنى على اعتبارات أدبية

ثالثا ـ جميع الحقوق التى لايجوز التنازل عنها للغير ولا حجزها كحق السكنى وحق الاستعمال وكالنفقات أو المرتبات وتنفيذ التعهدات التى لوحظ فى التعاقد عليها ذات المتعهد كما لو كان المدين متعهدا برسم صورة أو بتأليف كتاب أو بنقش دار وكان له من وراء ذلك فائدة كبيرة ومع ذلك يتقاعد عن التنفيذ

رابعا ـ دعوى الاستحقاق فى الوقف وما يتفرع عنها

خامسا ـ دعوى التعويض الناشئ عن جريمة ارتكبت على المدين لا على ماله

لكن إذا حكم بالتعويض بناء على شكوى المدين جاز للدائن طلب تنفيذ الحكم باسترداد المسروق ورد المغصوب وإصلاح ما أتلف

المبحث الثانى ـــ فى حكم استعمال حقوق المدين

أما بالنسبة للمدعى عليه فسيان كان استعمال حق المدين قبله حاصلا من هذا الأخير أو من دائنه

لذلك يجوز له أن يدفع الدائن بما جاز له أن يدفع المدين فيحتج بسند الضد الصادر له من المدين وبالمقاصة والصلح حتى الذى يحصل أثناء الدعوى إلا إذا كان بالتواطؤ لإحباط سعى الدائن وتأييد عقد فاسد وعدول عن مضى مدة وقع إلا تواطؤا كما فى الصلح

وله إدخال المدين خصما فى الدعوى كما للمدين أن يدخل فيها من نفسه و يحل محله

وأما بالنسبة للمدين فهو أجنبى عن سعى الدائن ولا تأثير عليه من الحكم الذى يصدر بناء على سعى هذا الأخير لأنه ليس وكيلا عنه ما دام المدين لم يدخل فى الدعوى وعلى ذلك لا يتحمل من المصاريف شيئا إذا خسر الدائن الدعوى

وأما بالنسبة لباقى الدائنين فهم أجانب عن الدعوى ولهم إذا خسرت أن يقيموها باسمهم من جديد

لكن إذا كسبت قاسموا الربح مع الذى سعى فيها

هذا هو رأى الأكثرين ولسنا معهم إذ لا فرق بين الدائن الذى أبطل تصرف دائنه والذى أغناه باستعمال حقه وقد رأينا أن الدائنين لا يزاحمونه فيما أعاد من المال إلى ملك مدين الكل وما دام لا يلحقهم منهم من الخسارة فلا يجوز أن يكون لهم فى الكسب نصيب [1]

الفصـــل الثانى

فى الاجراآت التحفظية

قد يكون المدين مقصرا فى حق نفسه فلا يهتم بحفظ أمواله وقد يتخلف عن ذلك لجهله أو ضيق ذات يده وقد يكون سيئ النية فإذا قرب زمن التضييق عليه من الدائن لاستيفاء دينه وبدت بوادر العمل لذلك عمد إلى إخفاء ما أمكنه إخفاؤه من أمواله أو تصرف فيها ليهرب من دائنه . من أجل ذلك وجب أن يكون للدائنين من الوسائل ما يتقون به عاقبة هذا التقصير أو الجهل أو سوء النية حتى تزول العقبات التى تعترضهم فى سبيل استيفاء حقوقهم

(١) القواعد التى أوردناها فى هذا الفصل والذى بعده مأخوذة كلها من قضاء المحاكم وآراء عمدة الشرعيين إذ ليس فى القانون غير نصوص ثلاثة وهى : المادتان ١٤١ و١٤٣ من باب التعهدات المترتبة على توافق المتعاقدين والمادة ٥٥٤ من باب أنواع الدائنين أما المادتان ٥٥٥ و٥٥٦ فهما تكرار للمادتين ١٤٣ و٥٥٤ بل نقول إن المواد الخمس ترجع إلى مادتين أصليتين هما المادتان ١٤١ و١٤٣ والباقية تكرار مواد وردت هنا وهناك لغير وجه

وتلك الوسائل هى الاجراآت التحفظية وهى جائزة للدائنين بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينيهم (مادة ١٤١) عملا بقاعدة من ملك حقا ملك ما هو من ضروراته ومن لوازم حق الدائنين فى استيفاء ديونهم من أموال مدينيهـم استبقاء تلك الأموال كما بيناه فى الفصل السابق ومن استبقاء الشئ حفظه وصيانته

وتتخذ الإجراآت التحفظية عادة قبيل التنفيذ وفى أثناء تمهيـد السبيل له باقامة الخصومة إن كان سـند الحق غير واجب التنفيذ بذاته ثم تتسلسل أو تتكيف إلى أن يحصل الوفاء القهرى

والإجراآت التحفظية المباحة هى التى تركها القانون لخيار أصحاب الحقوق إن شاءوا اتخذوها و إن شاءوا أهملوها

وقد ذكرنا البعض منها عرضا فى الفصل السابق والآن نأتى عليها بجملتها

للدائن أن يتخذ الإجراآت التحفظية الآتية :

١ ـ حق طلب تعيين القيم على المدين السفيه أو المعتوه

٢ ـ حق طلب وضع الأختام على تركة المدين

٣ ـ حق التداخل فى قسمة المال المشترك (مادتى ٤٥٩،٤٦٠)

٤ ـ حق طلب الاعتراف بالتوقيع على سند التعهد (٢٥١ مرافعات وما بعدها)

٥ ـ حق طلب الحجز التحفظى على المفروشات ونحوها والمنقولات الموجودة بالمحال المؤجرة والأثمار والمحصولات

٦ ـ حق طلب حجز مال المدين لدى الغير (٤١٠ مرافعات وما بعدها)

هنا تصل الإجراآت التحفظية إلى درجة هى مبدأ التنفيذ النهائى قهرا

و إلى هذا الحين لا يزال هناك بارقة أمل فى حصول المدين على مال يسد منه الدين ويرفع عن نفســه ثقل هذه المضجرات إلا أن هذا الأمل لا يوقف الدائن عن الاتباع فهو يستمر مترقيا من درجة إلى درجة حتى يتم التنفيذ ببيع مال المدين ويستوفى حقه أو قسما منه على حسب الأحوال

وهذا الدور الأخير هو التنفيذ فعلا واستيلاء الدائن على حقه

الفصل الثالث
فى التنفيذ القهرى

إذا حل الوفاء ولم يقم المدين بتعهده واتخذت الإجراآت التحفظية ولم تجد نفعا عمد الدائن إلى التنفيذ القهرى

التنفيذ القهرى هو استيفاء الدائن حقه من أموال المدين بالرغم منه وذلك ببيع أمواله كلها أو بعضها أمام المحكمة بالمزاد العام وتناول حقه من ثمن المبيع

الفرع الأول — فى من له حق التنفيذ

كل دائن له ذلك الحق وقد عرفت بما ذكر فى الفصول المتقدمة أن الدائنين خمسة أنواع هم (مادة ٥٥٤) :

الأول — الدائن العادى

الثانى — الدائن المرتهن

الثالث — الدائن الذى له اختصاص على العقار

الرابع — الدائن الذى له امتياز بسبب طبيعة الدين

الخامس— الدائن الذى له حق حبس الشئ

لكل واحد من هؤلاء الدائنين حق التنفيذ على أموال المدين

الفرع الثانى — فى ما ينفذ عليه من أموال المدين

الدائن العادى والدائن الذى له امتياز عام ينفذان على جميع أموال المدين كلها أو بعضها بحسب ما لها من الديون لا فرق بين أن يكون المال مرهونا أو عليه حق امتياز أو خاليا من ذلك

والدائن الممتاز على مال بخصوصه وكذا المرتهنون وصاحب حق الحبس ينفذون على الأموال الضامنة لحقوقهم

إلا أن هذا التنفيذ على المال الخاص لا يمنع من الرجوع به على باقى الأموال إذا لم يف الأول بجميع الحق المطلوب

مثلا : لو كان الدين ألفا وبيع الرهن بخمسمائة يرجع الدائن بالخمسمائة الباقية على باقى أموال المدين بصفة دائن عادى وكذا صاحب الامتياز

الفرع الثالث – فى تزاحم الدائنين

يجوز ان يكون للمدين الواحد دائنون كثيرون

ويجوز أن يكون الدائنون كلهم من نوع واحد كما لو كانوا دائنين عاديين أو مرتهنين لعقار واحد أو ممتازين امتيازا خاصا أو عاما ويجوز أن يكونوا من أنواع مختلفة فوجب حينئذ معرفة مراتبهم فى استيفاء حقوقهم الأول فالأول من ثمن المبيع

والموضوع دقيق جدا لأن النصوص قاصرة وما وجد منها مشوش

وتمهيدا للترتيب وضعنا القواعد الست الآتية :

القاعدة الأولى – الامتياز العام أى المقرر على أموال المدين منقولا وعقارا مقدم على جميع التأمينات الأخرى من أى نوع كانت مهما كان لها من أسبقية التسجيل حتى الامتيازات الخاصة ذاتها وليس على صاحب حق الامتياز العام تسجيل حق امتيازه فهو ينفذ بمجرد إثبات حقه من الطريق القانونى

والدين الممتاز امتيازا عاما هو :

١ – المصاريف القضائية

٢ – المبالغ المستحقة للميرى من أموال (ضرائب خراجية) أو رسوم أيا كان نوعها

٣ – المبالغ المستحقة للمستخدمين مقابل أجرة سنة سابقة وللكتبة والعملة أجرة عملهم مدة ستة أشهر

٤ – دين من صرف شيئا لحفظ الشئ

٥ – دين صاحب حق الحبس

والعادة أن المنقولات تفى بمثل هذه الديون والواجب أولا التنفيذ عليها ولا يستثنى من ذلك إلا امتياز الحكومة على أملاك الصيارف فان المادتين الأولى والثانية من الأمر العالى الرقيم ٢١ إبريل سنة ١٨٨٥ رخصتا بجواز استعماله على العقار قبل المنقول

القاعدة الثانية – جميع الرهون العقارية والامتيازات المسجلة على عقار واحد متساوية فى الرتبة يتقدمها أسبقها فى التسجيل

القاعدة الثالثة ــ الرهون العقارية والامتيازات مقدمة على اختصاص الدائن بعقار مدينه إذا سجلت معها فى يوم واحد وإلا فكل وتاريخ تسجيله

القاعدة الرابعة ــ الاختصاصات بحسب تسجيلها فإن سجلت فى يوم واحد فهى متساوية

القاعدة الخامسة ــ كل دائن ذى ضمان خاص من أى نوع كان يصير دائنا عاديا فيما بقى له من الدين زائدا عن ثمن المبيع الذى كان ضامنا لوفاء دينه

القاعدة السادسة ــ الدائنون العاديون والذين بقى لهم شئ من دينهم بعد ثمن ضمانهم متساوون لا يتقدم أحدهم الآخر ويقتسمون ثمن المبيع بحسب أنصبائهم إن لم يف بحقوقهم كلها

وحينئذ يسهل ترتيب الدائنين :

فإن ازدحموا كلهم على عقار ومنقول تقدم أصحاب المراتب الخمس المذكورة فى القاعدة الأولى وتلاهم أصحاب التسجيلات بحسب تواريخ تسجيلاتهم المرتهنون والممتازون أولا وأصحاب حق الاختصاص ثانيا ثم الدائنون العاديون أخيرا

وعليه إذا تزاحم دائنون مختلفو الأنواع رتبت حقوقهم كما يأتى :

أولا ــ المصاريف القضائية وتؤخذ من ثمن ماصرفت فى صيانته

ثانيا ــ امتياز الحكومة بالنسبة للأموال والرسوم وبالنسبة للمطلوب من المصاريف بدون تفرقة

ثالثا ــ المستخدمون والكتبة والعملة

رابعا ــ المصاريف التى صرفت فى حفظ الشئ أو الأشياء

خامسا ــ صاحب حق حبس العين

سادسا ــ الدائنون الممتازون امتيازا خاصا والمرتهنون كل بحسب تاريخ تسجيل امتيازه أو رهنه

سابعا ــ الدائنون الذين لهم اختصاص على العقار بحسب تواريخ تسجيلاتهم مع اعتبار من سجلوا فى يوم واحد طبقة واحدة

ثامنا ــ الدائنون العاديون

وهناك صعوبة أخرى بالنسبة لتزاحم الدائنين الممتازين على ثمن المنقول

ولكى يسهل البيان نأتى أولا على ذكر المنقولات التى يترتب عليها الامتياز وهى :

أولا – المنقول الذى رهنه المدين

ثانيا – أمتعة المسافرين

ثالثا – الأثاث الذى يكون فى المنزل المؤجر

رابعا – الثمار والزرع

خامسا – المنقول الذى لم يدفع ثمنه لصاحبه ومنه آلات الزراعة

سادسا – المنقول الذى صرفت مصاريف لصيانته

فإذا بيع المنقول وكان هناك دائنون لهم حقوق امتياز عليه وكانوا من أنواع مختلفة رتبوا كما يأتى :

أولا – المصاريف القضائية

ثانيا – أموال الحكومة وما فى قبل الصيارف

ثالثا – المستحق للخدمة والكتبة والعملة

رابعا – المصاريف التى صرفت لحفظ المنقول بعد رهنه

خامسا – دين صاحب حق حبس المنقول فإن كانوا أكثر من واحد فهم طبقة واحدة

سادسا – ثمن المنقول (مفروض أنه لم يدفع للبائع من المدين)

وإذا كان المبيع أثاثا فى بيت مؤجر فالترتيب هكذا :

أولا – المصاريف القضائية

ثانيا – أموال الحكومة وما فى قبل الصيارف

ثالثا – المستحق للخدمة والكتبة والعملة

رابعا – المصاريف التى صرفت لحفظ المنقول بعد رهنه

خامسا – ثمن المنقول

سادسا – الأجرة

ويتقدم صاحب الفندق بعد الأربعة الأول على من عداه بالنسبة لثمن الأمتعة التى كانت عنده

ويكون الترتيب بالنسبة لثمن الثمار والحاصلات هكذا :

الأول إلى الرابع كما سبق

خامسا — المصاريف التى صرفت على الثمار أو الحاصلات (مصاريف الزراعة والخدمة)

سادسا — ثمن البذور

سابعا — الأجرة

تتمة

فى الإكراه البدنى

ليس من الخروج عن الدائرة التى رسمناها لهذا الكتاب تفكيهه القراء باستقراء أدوار التضييق القهرى على النفس بيانا للمراحل الشاسعة التى قطعها الإنسان فى الوصول إلى معرفة الفرق بين ماضيه وحاضره فى يد القانون على أنا لن نذيلها بل نمر سراعا

كان القدماء الأولون يعتبرون عدم الوفاء بالدين جريمة من أكبر الجرائم لاتفتدى إلا بالنفس فقضوا على المدين بالاسترقاق فى دينه وأسلموه إلى الدائن يتصرف فيه تصرف المالك فى ملكه

وقد ثبت أن (سيزوستريس) الأكبر ملك المصريين أخرج من السجون جيشا من المدينين الذين أودعهم الدائنون فيها وكرر ذلك المرة بعد المرة

ثم جاء (بوخيروس) فأبطل الاسترقاق للدين وقضى بأن المدين لا يستدين على نفسه وإنما يستدين على ماله ويقول مؤرخو تلك العصور إن الحكومة المصرية لم تفعل ذلك حبا فى الإنسانية بل غيرة على سلطانها حتى لايشاركها فيه أحد غيرها . ولكيلا يكون إبطال الرق مجوزا للمدينين على التباطؤ فى إيفاء ديونهم استعان الشارع فى حملهم على مراعاة ذمتهم بما كان لهم من الاعتقاد العظيم فى أمواتهم فأصدر (أشيل) قانونا يحرم الاقتراض إلا إذا رهن المقترض فى يد المقرض جثة والده محنطة طبقا للأصول المتبعة

وبأن من مات مدينا أقيمت الدعوى على جثته وقضى بعدم استحقاقها للدفن وإقامة أى احتفال بموتها حتى يوفى الدين وكان وقع هذا الحكم شديدا فى النفوس فكان الورثة يكدون لدفع دين مورثهم ليتخلصوا من العار ويدفنوا الجثة بما يليق لها من الإكرام والاحترام

وقد كان الاسترقاق اختياريا للدين عند بنى إسرائيل إن كان الدين مدنيا وقهريا إن كان الدين مسببا عن جريمة محكوم فيها على المدين

إلا أن النساء كن مستثنيات من الرق فى الحالتين على الأرجح

وزاد الإغريق فى الشدة فأنزلوا المدين الذى لايفى دينه منزلة السلع يباع فى الأسواق إلا إذا اختار الدائن اتخاذه عبدا فيجرد من حقوقه المدنية ويعمل لسيده حتى يفى دينه . وكان من حق الدائن أن يضع الأغلال فى عنقه وأن يؤذيه وأن يذهب بروحه ولا حساب ولا عقاب وظلوا على ذلك حتى رجع (سولون) من مصر ونقل عنها قانون (بوخيروس) لكن لايعرف بالضبط ما الذى سنه لقومه فى هذا الموضوع والظاهر أنه لم ينجح فى إقناعهم بقبول رأيه بدليل أن عظيمهم (ملتياد) الذى قهر (دارا) ملك الفرس مات فى السجن من أجل خمسين درهما حكم بها عليه غرامة لأمر فرط منه وانتقل الدين الى ولده (سيمون) فلم يتخلص منه إلا بطلاق زوجته وتزويجها من غنى دفع عنه الدين

كذلك كانت شرائع الرومان تقضى بالاسترقاق لعدم وفاء الدين قال بعضهم « نبت الاسترقاق بأرض آسيا ونما واشتد بها وجد الرومان منه عند الأمم الاسيوية واستقر عندهم قرونا »

وجاء (جوستنيان) ملك القسطنطينية المشرع المشهور فعدل وبدل ورحم الناس ورخص للمدين أن ينجو من عذاب السجن بيمين المعسرة

ولما توسط التاريخ أعنى فى القرون الوسطى رجعت الإنسانية القهقرى وظهر جشع المال فى أقبح صورة فعاد الاسترقاق بسبب الدين وعادت معه تلك الحقوق القاسية بأشنع ما كانت عليه أيام البربرية الأولى وكانت العقوبات تصدر فى مصلحة الأفراد لافى منفعة النظام لذلك أجازوا للخصمين أن يتساوموها بالأموال وكان للدائن الحق

فى أن يقطع من لحم المدين حيا قطعة يقدرها القضاة وفاء للدين وقصة (شايلوك) الإسرائيلى مع مدينه (أنطوان) معروفة لمن قرأ رواية (تاجر البندقية) لمؤلفها الشهير شكسبير : حكم القاضى على أنطوان بقطع رطل من لحمه لدائنه شيلوك وقبل التنفيذ قال هذا : «حذار أيها الدائن فقد ثبت لك بمقتضى العقد أن تجتز رطلا من لحم مدينك (أنطوان) ، خذه إنه لك ، لكن لاحق لك فى قطرة واحدة من دمه . فعليك أن لا يسيل من يدك ، وإذا أنت لم تجتز رطلا لا ناقصا ولا زائدا فالويل لك : تقتل وتصادر أموالك »

وما كان معروفا عند الأمم التى ذكرناها كان معروفا عند البقية سواء بسواء ثم تبدل الحال وانتفى حق الدائن فى حياة مدينه وجسمه واستعيض عنه بحق الاستخدام وحق الحبس ثم تحول وتطور ثم أصبحنا ولا شئ عندنا من هذا إلا أثر صغير[1] اقتضت به الضرورة وله فضل على النساء المعوزات كبير

يقهر المدين بالنفقة فى نفسه فيحبس إذا لم يف وهو قادر على الوفاء ومثل النفقة أجرة الحضانة والرضاع والمسكن

ولا يحبس أكثر من شهر ويفتدى الحبس بالضمان ولايحبس إلا مرة واحدة (راجع المادة ٣٤٣ من لائحة المحاكم الشرعية)

هذا فى المسائل المدنية

وأما فى مواد الجرائم فلا يجوز الإكراه البدنى إلا لتحصيل العقوبات المالية المقضى بها للحكومة أعنى الغرامات والمصاريف وما يجب رده ويكون بالحبس البسيط

وتقدر مدته باعتبار ثلاثة أيام عن العشرين قرشا الأولى أو كل مبلغ أقل من ذلك ثم باعتبار يوم واحد عن كل عشرة قروش أو أقل بعد العشرين الأولى

وعلى كل حال لاتزيد المدة عن أربعة عشر يوما فى مواد المخالفات ولا عن تسعين يوما فى الجنح والجنايات

(١) أوجزت لأنى خفت أن يستهوينى التاريخ بزخرفه فأنسى القانون وإن كان الحبس لايزال معمولا به فى كثير من قوانين الأمم الأخرى

وللمحكوم عليه أن يفتدى الحبس بالشغل اليدوى أو الصناعى لفائدة الحكومة من دون أجر حتى يفى ما عليه

والحبس لا يبرئ ذمة المدين إلا من الغرامة دون المصاريف والتعويضات وما يجب رده (مادة ٢٦٧ تحقيق جنايات وما بعدها)

وهذا الحكم سار أيضا فى مواد النفقات

القسم الرابع

فى الأدلة

لانذكر فى هذا القسم إلا القواعد العامة للأدلة إذ لابد أن يكون القارئ عرف دليل كل عقد وكل بحث فى موضعه [1] ولكنا نضيف إليه القول فى التسجيل لأنه جزء منه

الدليل مايثبت به الحق

أثبت فلان حقه برهن فعلا وقانونا على أنه صاحب ذلك الحق ومبحث الأدلة من أهم أقسام القانون لأن أحوال الناس ومعاملاتهم متوقفة على إثباتها

الأصل فى الدليل الإباحة أعنى أن للإنسان استنباطه من كل فعل أو حال يوصل إلى بيان الحق وإثباته

إلا أن من الأعمال مالو ترك دليله لمجرد الاجتهاد يتطرق إليه الاضطراب ويدعو إلى طول النزاع فيكثر الفساد ولا تستقيم معه أحوال الناس

لذلك اضطر القانون إلى بيان مايجوز قبوله وما لايجوز من الأدلة فى أحوال مخصوصة

(١) راجع : ولادة ووفاة (ص ١١) زواج وطلاق (ص ٢١) وراثة (ص ٢٠) رشد (ص ٣٦) ملكية (ص ٥٢) تعهدات (ص ١٢٧) وفاء (ص ١٨١) إبراء (ص ١٩٣) استبدال التعهد (ص ١٩٥) مقاصة (ص ١٩٨) مضى المدة (ص ٩٨) بيع (ص ٢٢٥) إجارة (ص ٢٧٢) حوالة (ص ٢٥٨) شركة (ص ٣٢٠) قسمة (ص ٣٢٨) عارية (ص ٣٠١) إيرادات مرتبة (ص ٣٠٨) وديعة (ص ٣١١) كفالة (ص ٣٢٧) وكالة (ص ٢٩٢) صلح (ص ٢٦٦) رهن حيازة (ص ٣٤٣) رهن عقارى (ص ٣٤٧) اختصاص (ص ٣٥٩) امتياز (ص ٣٦١)

من هنا انقسم الدليل إلى قسمين قضائى وهو الذى عرّفه القانون وبين أحواله وقرر أوضاعه وغير قضائى أو مطلق وهو ما أهمله الشارع ولم يرتب عليه حكما أو منعه بنص صريح

وكلامنا فى الدليل القضائى وحده

الدليل قانونا هو ما يثبت به الحق المدّعى به أو هو الوسائل التى يستنتج منها القضاة صحة الدعوى

وهو من موضوعات القانون المدنى لأنه هو الذى يبين الحقوق ويقرر أحكام المعاملات فوجب أن يوضح وسائل إثباتها وما يجوز من تلك الوسائل وما لا يجوز

أما طريقة إقامته وكيفية عرضه على القضاة فالمرجع فيه إلى قانون المرافعات

إثبات الحق هو بيان مصدره أى الأفعال أو الأحوال التى كانت سببا فى وجوده وبيان أن ذلك المصدر منتج لهذا الحق بمقتضى القانون

إذن موضوع الدليل أمران إثبات وقائع وبيان نص

أما النص فقالوا مرجعه إلى القضاة أعنى أن بيانه خاص بهم وتبعته عليهم فإذا ادّعى أحد حقا وأثبت الوقائع التى يبنيه عليها فقد وفى ما عليه وعلى القاضى أن يبحث عما إذا كان القانون يعطى المدّعى ما يدّعيه بناء على الوقائع التى أثبتها

ونرى أن الشقين لازمان على المدّعى فكما وجب عليه بيان مأخذ الحق الذى يدّعيه وإقامة البرهان على صحته يجب عليه أيضا أن يوضح انطباق قضيته على القانون

مثلا : لو ادّعى أحد ملك عقار بوضع اليد خمس سنين لزمه أن يثبت أولا أنه حاز العقار حيازة فعلية بنفسه أو بمن قام مقامه تلك المدة وهذه هى الواقعة أى مأخذ حق الملك ولزمه ثانيا أن يثبت أن وضع يده هذه المدة كان مطابقا لنص القانون أعنى أنه اشترى العقار ممن ظنه مالكا وأن يده كانت ظاهرة لم تنقطع ولم تخف وهكذا وهذا هو بيان النص الذى يحكم له بالملك

أما القاضى فموقفه فى ذلك موقف المرجح ينظر فى الوقائع من حيث صحتها وعدمها وينظر فى انطباقها كما ثبتت على نص القانون وعدم انطباقها ويقضى بالحق لمدّعيه أو ينفيه عنه

ألا ترى أنه إذا ادعى صاحب هذه الدعوى ملكية العقار بوضع اليد خمس عشرة سنة ولم يثبت حيازته القانونية إلا عشر سنين وجب رفض دعواه وإن ظهر للقاضي أثناء نظر الدعوى أن المدعي كان وضع يده بسبب صحيح وحسن نية وكان له الملك لو ادعاه من هذه الجهة

والظاهر أنهم بنوا التفرقة بين إثبات الوقائع وبيان النص على اشتراك القاضي مع طالب القضاء في بيان الشق الأخير بمعنى أنه لو ادعى الملك هبة وأثبتها وقال إن النص هو المادة (٢٥٠) فيصحح القاضي خطأه ويذكر النص الصحيح وهو المادة (٤٤) لكن لا يصحح إلا بعد أن يكون المدعي أثبت انطباق الهبة على جميع النصوص المتعلقة بشروطها وصحتها وغاية الأمر أن هذا البيان سهل من نفسه إذ يكفي فيه مجرد الإعراب

وتثبت الوقائع المدعى بترتب الحق عليها مباشرة أو بالواسطة

وهي تثبت مباشرة إذا كانت من الأمور التي يسهل الكشف عليها كحدود العقارين ووجود قناة الري بين الملكين وقيام البناء في أرض مدعي الغصب وهذا هو الكشف على الأعيان من القاضي نفسه أو بواسطة الخبير

وتثبت بالواسطة إن كان الدليل المباشر متعذرا

والواسطة هي قول الإنسان وأحوال الزمان والمكان ويقال لها أدلة الاستنتاج

والقول إما أن يصدر من أحد الخصمين أو من أجنبي

وما يصدر من أحد الخصمين كتاب وهو الأدلة الخطية وكلام وهو الإقرار واليمين

وأما ما يصدر من الأجنبي فكلام فقط وهو الشهادة

وأما الأحوال فهي وقائع ومشاهدات لا تنتج المدلول عليه بذاتها ولكنها تنتج وقائع وأحوالا أخرى يستنتج منها ثبوت المدعى به أو نفيه وهي القرائن

هذه هي الأدلة المقبولة قانونا

الكشف على الأعيان وأهل الخبرة مذكوران في قانون المرافعات ، والدليل الخطي والإقرار واليمين والشهادة والقرائن واردة في القانون المدني وكان الواجب جمع الكل في هذا الأخير من حيث التقرير وترك الإجراآت لقانون المرافعات

فرق القانون المدنى الأدلة فى موضعين فذكر قسما تحت عنوان (إثبات الديون وإثبات التخلص منها مواد ٢١٤ ــ ٢٣٤) وجعله بابا سادسا فى كتاب (التعهدات والعقود) وذكر القسم الآخر تحت عنوان (إثبات الحقوق العينية مواد ٦٠٦ ــ ٦٢١) وجعله بابا ثانيا فى كتاب (حقوق الدائنين) وأردفه بباب ثالث (فى دفاتر التسجيل) وهو آخر القانون

وقد استعمل القانون فى القسم الأول كلمة (ديون) بمعنى تعهدات وجاء فى هذا القسم بالقواعد العامة للدليل من حيث هو فتخصيص هذا القسم بالتعهدات فى غير محله وأبعد منه عن موضعه القسم الثانى لأن إثبات الحقوق العينية ليس خاصا بالدائنين بل قليل من هؤلاء من له حقوق عينية إلا إذا كان مراده (بالدائنين) المتعهد لهم على وجه العموم وهو غير مسلم لأن المتعهد لهم مذكورون فى كتاب التعهدات

كذلك باب التسجيل ليس خاصا بالدائنين بل عام يشمل كل ذى حق يرى المصلحة فى تسجيل سنده ليحتج به على غيره ممن لم يتعاقد معه كما سيجىء

لذلك خصصنا للأدلة قسما واحدا جمعنا فيه ما ذكر فى القانون المدنى وما ورد فى قانون المرافعات لما فى ذلك من سهولة المراجعة ولأن الموضوع واحد لامرجح لتجزئته

وقبل الخوض فى بيان كل نوع من أنواع الأدلة نقدم الملحوظات الآتية :

الملحوظة الأولى ــ ليس لكل ذى حق أن يختار مايرضاه من طرق الإثبات دليلا على حقه بل من الأدلة مامنعه القانون ومنها ماخصصه

فمنع الإقرار واليمين والشهادة والقرائن والمحررات العرفية ذات التاريخ غير الثابت فى إثبات الهبة (مادة ٤٨) وفى إثبات الحيازة إن كان منقولا (مادة ٥٤٩) ومنع الأربعة الأولى والمحررات العرفية غير المسجلة فى رهن الحيازة إن كان عقدا (مادة ٥٥٠)

ومنع ذلك كله فى الرهن العقارى فلم يقبل عليه دليلا إلا السند الرسمى المحرر فى قلم كتاب المحكمة (مادة ٥٥٧)

ومنع الشهادة والقرائن مطلقا فى الإجارة (مادة ٣٦٣)

وخصص الشهادة فى جميع الأحوال الأخرى بما لاتزيد قيمته على ألف قرش إلا استثناآت بينها على سبيل التقرير والتحديد

الملحوظة الثانية ـ هذا المنع والتخصيص قاصران على التعهدات الآتية من طريق اتفاق العاقدين

وأما الوقائع المادية أو الحوادث القهرية فالخصوم أحرار يختارون من الأدلة ما يمكنهم من إثبات حقهم كالتعديات والغرق والحريق والجرائم بأنواعها بل قد يكون بعض هذه الحوادث سببا فى إباحة الممنوع كما فى الشهادة على الدين إذا فقد سنده بغصب أو غرق أو حريق

الملحوظة الثالثة ـ القاضى حر فى تقدير الدليل المقدم إليه يأخذه إن اقتنع به ويطرحه إذا تطرق إلى وجدانه الشك فيه حتى الإقرار وهو أقوى الأدلة فى مذهب بعضهم موكول لعهدة القاضى وقد يأباه على صاحبه إذا تبين له أنه مخالف لما ثبت لديه كمن يعترف أنه أتى أمرا فى زمان كان فيه مسجونا أو اقترض الدين ممن ليس بيده سند إضرارا بذى دين ثابت

غير أن من الأدلة ما يصعب على القاضى الإعراض عنه ومنها ما يسهل تركه

والقاعدة أن كل دليل جائز قانونا لم يطعن فيه الخصم المقدم فى وجهه مسلم من القضاء فإذا حصل الطعن من الطريق المشروع ظهر اختيار القاضى فى الترجيح

مثلا : إذا ادعى زيد أن له دينا وقدم سندا موقعا من المدين ولم يطعن هذا فيه بعدم صحة التوقيع ولم يقدم برهانا على فساده تعسر على القاضى أن لا يأخذ به فإن طعن أو برهن على الفساد كان له أن يقبل الطعن أو يرفضه بعد تحقيق وقائعه وأحواله

الملحوظة الرابعة ـ القاضى حكم عدل بين الطرفين يزن حجة كل منهما و يفصل فى الخصومة بترجيح إحدى الحجتين وليس له أن يحكم بعلمه الخاص لأنه ليس شاهدا فى الخصومة . بهذا المبدأ أمن الناس تطرف القضاة فى أحكامهم وحيدتهم عن الحق سهوا أو عمدا وتساوى الخصمان أمام القضاء فالدعوى مجال بينهما يحج الواحد منهما غريمه بما يسّر له القانون من وسائل الإثبات وطرق الإقناع والقضاء ميزان ترجح إحدى كفتيه على الأخرى بما يثقلها من أدلة أحدهما

رفع هذا المبدأ عن القضاء وصمة التحيز الشائن بما أطلق من عدم الأخذ بالشهادة إلا بعد التزكية سرا ثم علنا حتى تغلب السر على الجهر وقضى بين الناس بما سرى فى طى الخفاء وامتدت الأطماع إلى العبث بحقوق الضعفاء وأصبح الذين يسارعون فى عدالة

الشهود قضاة لا تبعة عليهم فلا يخشون فى الباطل رقيبا ولا يردهم عن الظلم مواجهة من يكشف سرهم ويذيع بين الناس فساد ضمائرهم وسوء ما يعملون . شهود زور ومزكون أشد تزويرا وأعظم ضررا وقضاء ضاعت هيبته وضعفت الثقة فيه .

طلب قاض إلى عظيم تزكية شهود فكتب العظيم بتوقيعه المبارك يشهد الله وملائكته والناس إنهم لمن الصادقين . ولما أسرع إليه الخصم كتب ثانيا يقول لقد أخطأت وما كانوا فى شهادتهم إلا كاذبين . بئس الشهود ومن زكى بالسحت . خانوا عهد النبى وبدلوا من رسالته وعصوا الحق وظلموا الخلق والشرع يستجير . ومأواهم النار وبئس المصير

الملحوظة الخامسة ــ الدليل واجب على من يدعى حقا أو أمرا يؤيد الحق أو ينفيه . (مادة ٢١٤)

والقاعدة فيما يختص بالتعهدات عدم وجودها فمن ادعى على غيره تعهدا فعليه البرهان وهذا هو معنى قولهم : البينة على من ادعى

ومقابل ذلك إذا ثبت التعهد أصلا فالمفروض بقاؤه وعلى المتعهد إذا ادعى البراءة منه أن يقيم البرهان على ما يدعى

وتتلخص القاعدة بشقيها فيما يأتى : البرهان على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا . فالأصل عدم التعهد والعرض وجوده

والأصل فى الملك أنه تام وخال من حقوق الغير عليه فمن ادعى حقا على ملك غيره وجب عليه الدليل كما قدمنا

وعليه يتبين أن المراد بالمدعى غير المفهوم منه عادة فهو هنا كل خصم يدعى على خصمه أمرا لا فرق بين شاك ومشكو . مثلا : ادعى زيد دينا على بكر ، زيد مكلف بإثبات دعواه أى أنه أدان بكرا فى مبلغ كذا يوم كذا فى مكان كذا فإن دفع بكر بوفاء الدين لزمه إقامة البرهان على براءة ذمته منه . وهو إما أن يقدم سندا موقعا عليه من خصمه أو وقائع يترتب على ثبوتها صحة براءته فإذا عارضها زيد بوقائع أخر فعليه إثباتها وهكذا

مثال آخر : ادعى زيد عقارا فى يد بكر . زيد مكلف بإثبات ملكه فإن دفع بكر برهنه تحت يده على دين له قبل زيد لزمه إثبات الدين وإثبات الرهن لأنه مدع أمرين يردان دعوى زيد ولزيد فى هذه الحالة أن يدفع ببراءة ذمته من الدين وسقوط الرهن وقد يبرهن على ذلك بأوراق يدعى بكر أنها مزورة فعليه إقامة بينة التزوير وهكذا

الملحوظة السادسة ــ محل الدليل يكون أمرا وجوديا أو سلبيا سواء

قالوا إن إثبات النفى مستحيل وعلى كل حال لايكلف به من يدعيه وهو قول لا يحتمل النقد اللهم إلا إذا أرادوا من كلمة النفى مجرد الإنكار كما فى مثال زيد يدعى دينا على بكر وهذا يقول إنه غير مدين ففى هذه الحالة يصح قولهم لايكلف بكر بإثبات ماقدمه وهو الإنكار

لكن إذا قال إنه وفى الدين وجب عليه إثبات الوفاء

نعم الوفاء أمر وجودى ولكن ثبوته نفى لأمر وجودى آخر هو الدين

مثال آخر : ادعى زيد أن بكرا ضربه فى يوم كذا ساعة كذا بمكان كذا وجاء عليه بشهود . لبكر أن ينكر وجوده فى ذلك المكان ذلك اليوم تلك الساعة لكن من السهل إثبات هذا النفى بإثبات بكر أنه كان فى ذلك الحين مسافرا أو مسجونا أو مريضا وهكذا

قال بنتام فى كتابه (الأدلة) « كل ما أمكن إبرازه بقضية منفية أمر . فأمر كونى وجدت فى مكان كذا يوم كذا ساعة كذا . وأمر كونى ما وجدت فى ذلك المكان ذلك الزمان ومن يحاول تقرير غير هذا فإنما يحاول أن يكون أعجميا »

الباب الأول

فى الأدلة المادية

بينا أن الأدلة المادية نوعان الكشف على الأعيان ويسميه القانون «انتقال المحكمة» وقول الخبير

الفصل الأول

فى الكشف على الأعيان

إذا كانت الخصومة على أمر مادى تكفى مشاهدته لإثبات صحتها أو عدمها جاز للقاضى أن ينتقل لمعاينة الشىء إذا لم يسهل إحضاره فى مجلسه كما فى قضايا الحدود والمطلات و إتلاف الزرع وهكذا

قالت المادة (٢٤٥ مرافعات)[1] «يجوز للمحكمة أن تتوجه بهيئتها الاجتماعية إذا رأت لزوما لذلك إلى المحل الواقع فى شأنه التنازع أو أن تأمر واحداً من قضاتها أو أكثر ممن كان حاضرا وقت المرافعة فى الدعوى بالتوجه إلى المحل المذكور فى اليوم والساعة المعينين لذلك فى الحكم أو فى الأمر الصادر من أقدم القضاة المعينين لذلك »

ومعنى هذا النص :

إذا كان النزاع قائما فى عين عقارا كانت أو منقولا وكان الكشف عليه يوصل إلى معرفة الحقيقة جاز للمحكمة الانتقال حيث العين للكشف عليها

والمحكمة تنتقل بجملتها أعنى القضاة الثلاثة أو الخمسة أو تندب لذلك من أعضائها بشرط أن يكون سمع المرافعة

ويكون انتقالها بعد أن تقرر ذلك بحكم خاص فإن كانت ترى انتقالها بجملتها حددت فى الحكم ميعاد الانتقال

(١) ليس لنا نقد على عبارة هذه المادة إلا كونها غريبة عن عربية فصيحة فقولها (تتوجه) يراد به تنتقل و(بهيئتها الاجتماعية) يراد بها المحكمة وقولها (المحل الواقع فى شأنه التنازع) يراد به العين المتنازع فيها وقولها (المعينين لذلك فى الحكم) أى اللذين يعينان فى الحكم أما الحكم فهو المفروض فى ذهن الواضع أعنى أن المحكمة تصدر حكما بالانتقال

وإن ندبت أحد قضاتها أو بعضهم جاز أن تترك التحديد لهم وفى هذه الحالة يتعين ميعاد الانتقال بأمر يصدر من القاضى المندوب أو من أقدم المندوبين

وإذا كان الحكم غيابيا أو كان تعيين الميعاد بأمر من القاضى المندوب وجب على كاتب المحكمة أن يعلن الخصوم بذلك ليحضروا المعاينة (مادة ٢٤٦ مرافعات)

وفى اليوم المعين تنتقل المحكمة أو القاضى أو القضاة المندوبون إلى محل العين الواجب الكشف عليها ويجرى العمل بحضور الخصوم أو من يحضر منهم و يحرر محضر عما يظهر من المعاينة وتدون فيه ملحوظات الطرفين (مادة ٢٤٧ مرافعات)

ويجوز للمحكمة أو لمن يباشر الكشف تعيين خبير أو خبراء لإجراء الأعمال التى يرى ضرورة الاستعانة بهم فيها

وكذلك يجوز سماع شهادة الشهود الذين تفيد شهادتهم فى بيان الحقيقة و يذكر ذلك كله فى المحضر (مادة ٢٤٨ مرافعات) [1]

الفصل الثانى

فى أهل الخبرة

أهل الخبرة قوم من أرباب المهن الخاصّة كالهندسة والزراعة والطب وغيرها تندبهم المحاكم للاستنارة بآرائهم فى الموضوعات التى يحتاج فى إدراك حقيقتها إلى علم خاصّ

مثال ذلك فى المسائل الجنائية معرفة سبب وفاة من يدّعى موته مسموما فينتدب الخبير من الأطباء لتحليل المواد الغذائية الكائنة فى الأمعاء ومعرفة الجوهر الذى كان سببا فى الوفاة

ومثاله فى المسائل المدنية قياس الأراضى والمنازل والكشف عن كيفية البناء وتركيب مونه وتحليل الأحبار لبيان جديدها وقديمها ومقابلة الخطوط بعضها ببعض

والكلام على أهل الخبرة وارد فى الكتاب الأول من قانون المرافعات (مواد ٢٢٣ - ٢٤٤)

(١) الكشف على الأعيان من المحكمة أهم الطرق الموصلة إلى معرفة الحقيقة وقلما تحصل المعاينة وترجع المحكمة بلا نتيجة فى الدعوى ولا نذكر أننا انتقلنا فى معاينة لم ننته فيها إلى الحقيقة وكل القضايا التى انتقلنا لأجلها انتهت صلحا إلا عددا يسيرا جدا حكم فيه غيابا فى محل الكشف نفسه

وقد عدّل هذا الفرع تعديلا كليا بقانون خاص صدر فى ٢٤ يناير سنة ١٩٠٩ نمرة ١ وهذا محصله بالإيجاز مع ماتجب مراعاته من أحكام قانون المرافعات :

الخبير هو الذى يكون اسمه مدرجا فى جدول الخبراء ولا ينتدب من غير المقررين إلا استثناء

يشترط فى الخبير أن يكون مصريا — وللأجانب طلب تقريرهم بشرط خضوعهم لجميع أحكام قانون الخبراء — وأن يتخذ له محلا مختارا أمام المحكمة التى يريد الاشتغال أمامها وأن لايكون محكوما عليه بحكم قضائى أو تأديبى يمس شرفه

وتثبت كفاءتهم الفنية بشهادة الدراسة إن كان الفن المخصص له الخبير مما يعلّم فى المدارس أو بشهادات تعتبرها المحاكم كافية فى إثبات الكفاءة إن كان الفن لايعلّم بالمدارس

ولكل محكمة خبراء لا يشتغلون أمام محكمة أخرى ولا يُقبلون فى جدولها ولا يزيد عدد خبراء كل محكمة على أربعين خبيرا

وتقسم المحاكم المهن بحسب حاجاتها وتقرر لكل مهنة عددا من مجموع من يسوغ قبولهم أمامها

أما ندبهم فبناء على طلب الخصوم وإن لم يتفقوا عينت المحكمة من تراه مع ملاحظة الدور بقدر الإمكان

واجبات الخبراء

١ — على الخبير أن يقوم بما يكلف به إلا لعذر يجب عليه إبداؤه فى خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه وبشرط قبول العذر من المحكمة التى عينته

٢ — أن يسرع فى القيام بما كلف به فلا يؤخره إلا بقدر الوقت اللائق

٣ — للمحكمة أن تحدد له موعدا لتقديم التقرير وأن تعزله إن تهاون

٤ — أن يعلن الخصوم باليوم الذى يباشر فيه العمل ولا يباشره إلا إذا حلف أمام المحكمة التى عينته أو أمام قاضى الأمور الوقتية يمينا على أداء مأموريته بالصدق والأمانة ويحرر بذلك محضر يعلن إلى الخصوم بناء على طلب كاتب المحكمة إن لم يكونوا حاضرين

٥ ـ يتخذ الخبير محضرا أو محاضر لأعماله يدون فيها جميع الإجراآت التى يباشرها كل يوم ويسمع أقوال الخصوم وشهودهم إذا رخصت له المحكمة بسماع الشهادة

٦ ـ يقدم الخبير تقريرا برأيه شاملا لجميع ملحوظاته مرفقا بمحاضر أعماله

أما رأى الخبراء فهو استشارى للقاضى قبوله أو مخالفته

وكذلك يجوز تعيين غيرهم أو تكليفهم بإعادة عملهم أو استيفاء ما يكون نقص منه [1]

وأجورهم محدودة تقدرها المحاكم ويجوز الطعن فى التقدير بالكيفية المشروعة فى القانون

ولهم لجنة قبول ومجلس تأديب يحاسبهم إذا قصروا فى واجباتهم

(١) الاستعانة بالخبراء من لوازم القضاء فى بعض الأحيان لكن ينبغى أن لا يفرط القضاة فى تعيينهم ما دام الوصول إلى معرفة الحقيقة ممكنا من دون الالتجاء إليهم وذلك علاوة لتوفير الكلفة أى الرسوم على المتقاضين واختصارا للوقت

البــــاب الثـانى
فى أدلة الاستنتاج

الفصــــل الأول
فى الأدلة الخطية

الأدلة الخطية هى البراهين التى تكون ثابتـة بالكتابة ويقال لها سندات أوصكوك متى كانت محررة لتكون برهانا على الحق

المحررات نوعان :

١ ـ محررات رسمية

٢ ـ محررات غير رسمية

الفرع الأول ـــ فى المحررات الرسمية

المحرر الرسمى هو الورقة الصادرة من موظف أميرى مختص باصدارها بالأوضـاع المقررة لهـا

وتنقسم المحررات الرسمية إلى أربعة أقسام (١) :

القسم الأول ـ يشمل الأوراق العمومية أو السياسية وهى التى تصدر من الحكومة باعتبارها قوة تشريعية أو تنفيذية أو سياســية كالقوانين والمعاهدات الدولية والأوامر العالية والقرارات العمومية والتزوير الواقع فى هذا القسم يكاد أن يكون متعذرا لندرته بل لعدم حدوثه بالمرة خصوصا عندنا

القسم الثانى ـ يشمل الأوراق الإدارية وهى الصادرة من المصالح العموميـة وفروعها وسائر موظفيها بصفاتهم الرسمية يدخل فى ذلك قرارات النظارات والمديريات والدفاتر الخـاصة بكل مصلحة وأوراق الولادة والوفاة ودفاتر تسـجيل الرهون ودفاتر الدخوليات وشروط المزادات وتصميمات نظارة الأشغال وحوالات البوسـتة ودفاترها والأرقام التى تضعها على الظروف لبيان وزنها وقيمة الرسم المأخوذ عليها والشهادات الدراسـية على اختلاف أنواعها وتذاكر البدل العسكرى ودفاتر السجون ودفاتر الحسابات العمومية

(١) راجع رسالة التزوير فى الأوراق للمؤلف (ص ٤٥ وما بعدها)

القسم الثالث ـ الأوراق القضائية سواء كانت محررة ممن لهم حق جمع الاستدلالات والتحقيق وإقامة الدعوى أو من عمال المحاكم كتبة كانوا أو محضرين وتقادير أهل الخبرة المصرح لهم بسماع أقوال الأخصام

القسم الرابع ـ يشمل الأوراق المدنية الصادرة بين أولى الشأن على يد مأمور بتحريرها كالعقود الرسمية والإنذارات على يد المحضرين. وقد حكموا بأن من الأوراق الرسمية ما يأتى :

شهادات مشايخ البلاد فى البدل العسكرى

تذاكر لعب النصيب الرسمى أى المرخص به من الحكومة

التهميش على الورقة بما يفيد تسجيلها

أذونات الدفع الصادرة من موظفى مصلحة الرى

شهادات توريد المهمات التى يعطونها للمقاولين

الشهادات التى تعطى من ملاحظى الموازين العمومية

إيصالات البوستة التى تثبت تسليم النقود لموظفيها

إيصالات التلغرافات

حوالات الصيارف على الخزينة

تقارير رؤساء السفن فى حالة الخطر

قوائم التاريخ

سركى المعاشات

دفاتر المصالح الخيرية المصدق عليها من الحكومة

الرسائل التلغرافية حتى التى بين الأهالى فيما يتعلق بإمضاء الموظف وذكر الاستلام والوصول والأوراق الرسمية المذكورة فى القانون (مادة ٢٢٦) هى على الأخص أوراق القسم الرابع، وإن كان التزوير جائزا فى الكل

ويشترط فى هذه الأوراق ثلاثة شروط :

الأول ـ أن يكون محررها موظفا أميريا

الثانى ـ أن يكون تحريرها من أعمال وظيفته

الثالث ـ أن تستوفى الشروط المقررة لتحريرها فى القانون

المبحث الأول – الموظف الأميرى

الموظف الأميرى هو كل شخص احتاجت له الحكومة فى أداء واجباتها وتنفيذ أوامرها فخولته جزءا من سلطتها العمومية سواء كان ذلك فى نظير مقابل أو بدونه لأن المقابل لا يجعل الأداة رسمية وعدمه لا يخل بطبيعة تلك السلطة فحق الحكومة فى إجراء مقتضى القوانين وسن النظامات ووضع التأسيسات إنما جاءها من كونها وازعة على الأمة لا من كونها مأجورة على عملها والأجر عادة ليس من طبيعة التسلط ولا الاستعلاء غاية ما هنالك أن الأجر يشدد اللوم عند التقصير وعدم الأجر يستلزم الترفق لا الترك المطلق فكل من كلفته الحكومة بالقيام بخدمة عمومية موظف أميرى والتسميات لتنويع لضرورة التمييز بين عمال كل مصلحة وبين الآخرين فنظارة الحقانية تشمل من الموظفين أولئك الذين انقسمت بينهم السلطة المحصورة فيها من أول رئيسها الأكبر وهو الناظر إلى مندوب المحضر وهو آخر موظف فى يده آخر جزء من سلطة القضاء والداخلية تبتدئ كذلك بالناظر وتنتهى بالعمد والمشايخ وهكذا كل نظارة من نظاراتنا

وكل فرع فى مصلحة له موظفون خصوصيون وهم وفرعهم تابعون لنظارتهم

كذلك مأذونو الأنكحة فى القرى موظفون أميريون فى عهدة إليهم توثيقه من عقود الزواج والطلاق وتلك العقود أوراق رسمية

المبحث الثانى – اختصاص الموظف بإصدار المحرر

معنى اختصاص الموظف بأمر كون هذا الأمر من واجباته بمقتضى الخدمة المكلف بها فالقاضى من وظيفته تحرير الأحكام والقضاة الشرعيون يوثقون السندات أيضا والمدير وكل رئيس فى مصلحة يصدر الأوراق المختصة بمصلحته والمحضر يحرر الإعلانات والإنذارات ومفتشو الصحة يحررون الكشوف الطبية وهكذا الكل وظيفة عمل يتعين بتعيينها ويتخصص بطبيعتها

فإذا كانت الورقة المحررة الصادرة من الموظف غير متعلقة بوظيفته لا تعتبر ورقة رسمية كما لو حرر أحد المحضرين عقد زواج أو أعلن المأذون لأحد الخصوم ورقة تكليف بالحضور وهكذا

المبحث الثالث — فى شروط تحرير الورقة الرسمية

ليس فى القانون نص يبيّن شروط تحرير هذه الأوراق ولكنها مقررة فى الأمر العالى الصادر بتاريخ ٢٧ يناير سنة ١٨٧٦ بالنسبة للمحاكم المختلطة وفى القانون نمرة ٣١ سنة ١٩١٠ بالنسبة للمحاكم الشرعية

وقد أورد الأولى صاحب العزة صديقنا الفضال عبد العزيز كحيل بك المستشار بمحكمة الاستئناف الأهلية فى كتابه (إثبات الحقوق المدنية) بيان لامحل للزيادة فيه قال :

«أولا — أن لايحرر عقدا مختصا بزوجته أو بأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أيا كانت الدرجة أو من الحواشى إلى الدرجة الرابعة بدخول الغاية سواء كان الأقارب أو الأصهار أو الزوجة داخلين فيه بصفة متعاقدين أو لهم صالح فيه (مادة ١٢٦ من التعليمات)

«ثانيا — أن يكون التحرير بحضور شاهدين حائزين للأهلية ومعلومين له شخصيا (مادة ١٢٨) وكل واحد من الشاهدين المذكورين يجب أن يكون ذكرا بالغا قاطنا فى القطر المصرى عالما باللغة التى يحرر بها العقد قراءة وكتابة ومتمتعا بتمام حقوقه المدنية ولا يصح أن يكون له صالح فى العقد المطلوب تحريره ولا أن يكون قريبا ولا صهرا للمتعاقدين ولا لكاتب العقد على عمود النسب أيا كانت الدرجة ولا من الحواشى إلى الدرجة الرابعة بدخول الغاية (مادتى ١٢٩ و ١٣٥ تعليمات) فإذا نقصت صفة من هاته الصفات فى الشاهد لايعتبر العقد رسميا فى الأصل

«ولكن المحاكم حكمت مرارا بخلاف هذه القاعدة إذ اعتبرت عقودا كان شهودها مشهورين بهذه الصفات بدون أن تكون فيهم حقيقة . فإنه يجوز أن يصدر على إنسان فى بلده حكم يحرمه الحقوق المدنية فيسافر إلى بلد غيره و يعيش فيه معتبرا بدون أن يعلم أحد بسوابقه فلا يكون من العدل أن تؤثر هذه الحالة على صحة العقد الذى يشهد فيه ذلك الرجل فإن المتعاقدين وكاتب العقد لم يقصروا فى شئ من واجباتهم فلا تعود عليهم مضرة من اتباعهم الرأى العام فى اعتبار ذلك الرجل

«وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ بأن العقد الرسمى يبقى صحيحا ولا يفقد هذه الصفة إذا اتضح أن شهوده غير حائزين للأهلية لأن إلغاء العقود لا يكون إلا بنص صريح فى القانون ولا نص فى القانون على ذلك

«وأما تعليمات الكتبة فلم يقصد منها إلا ترتيب أعمال المحاكم الداخلية ولا يصح أن تبنى عليها إجراآت لم يلغها القانون . ونحن لا نخشى أن نقول إن كل هـذه الأحكام مطابقة للعدل أكثر من مطابقتها للقانون

«ثالثا — أن يكون محرر العقد معلومية شخصية بالمتعاقدين وإن لم يكن يعرفهم يجب عليه أن يتأكد من شخصهم بشهادة شاهدين معلومين له يجوز أن يكونا شاهدى العقد (مادة ١٢٨ تعليمات) ويجب عليه أن يثبت فى العقد حالة معرفته بالمتعاقدين هل هى شخصية أو بواسطة الشهود (مادة ١٣٠) فإذا حضر شخصان عند كاتب العقود وطلبا منه تحرير عقد بينهما وكانا غير معلومين له ولم يقدما له شهودا يعرفهما وجب عليه أن يرفض طلبهما وذلك ظاهر لا يحتاج لبيان لأن العمل على خلافه يستلزم مضارّ لا تخفى على أحد

«ولا يشترط أن يكون شهود المعرفة حائزين للصفات المطلوب وجودها عند شهود العقد وذلك لأن شهود العقد ضرورىّون لكماله إذ أنهم يساعدون محرره على تحريره بشهادتهم على صحة مايدوّن فيه فيجب أن تجتمع فيهم الصفات التى تؤهلهم للثقة العمومية

«وأما شهود المعرفة فلا صفة لهم فى العقد وغاية مايطلب منهم هو أن يعرفوا محرره بشخص المتعاقدين فى حالة عدم معرفته بهم ويضمنوا له حقيقة أسمائهم وصناعتهم فيكفى لذلك أن يكونوا حائزين لثقة الكاتب وللكاتب أن يعطى ثقته لقاصر أو لامرأة أو لأحد أقاربه أو لمن يشاء ممن لا يصح أن يكونوا شهودا فى العقود وإنما فى هذه الحالة يُسأل شخصيا عن الضرر أو الخسارة التى يجوز أن تنتج عن غلط الشاهد الذى يكون بهذه الصفة أو غشه

«رابعا — أن يذكر فى العقد بالأحرف لا بالأرقام تاريخ اليوم والشهر والسنة الحاصل فيها تحرير العقد ومحل التحرير فيبين إن كان قلم الكتاب أو محـلا آخر إذا كان التحرير حصل خارجا عن قلم الكتاب بناء على تصريح من رئيس المحكمة (مادة ١٣٠ تعليمات) ولا لزوم لأن نبين أهمية وجود التاريخ فى العقود عموما وعلى الخصوص فى العقود الرسمية فإن الفوائد التى تنتج منه معلومة منها معرفة حالة المتعاقدين وقت العقد هل كانوا مالكين التصرف فى أموالهم أو كان أحدهم فى مرض الموت ومنها معرفة حالة محرر العقد هل كان حائزا للصفات التى تؤهله لتحرير العقود الرسمية وغير ذلك مما يطول شرحه

«وإذا استمر تحرير العقد أكثر من يوم يجوز للكاتب أن يضع تاريخ كل يوم على العمل الذى عمله فى ذلك اليوم كما يجوز له أن يضع تاريخا واحدا وهو تاريخ إتمام العمل وعلى أى حال فإن هذا التاريخ الأخير هو الذى يعتبر

«خامسا — أن يذكر فيه اسم ولقب محرر العقد ووظيفته واسم ولقب المتعاقدين وأسماء آبائهم ومحل ميلادهم ومحل إقامتهم وصناعتهم وكذلك اسم ولقب وكلائهم (إن كان العقد حصل بالتوكيل) والمترجم (إن كان فى العقد مترجم) وشهود العقد وشهود المعرفة (مادة ١٣٠)

«سادسا — أن يبين الأموال الجارى عليها العقد بيانا ظاهرا وإذا كانت تلك الأموال من العقارات يبين نوعها وموقعها وحدودها (مادة ١٣٠) فإن العقود لا تنفع لها إلا إذا بينت إرادة المتعاقدين والشروط التى يشترطونها بعضهم على بعض بيانا واضحا مزيلا للشك وبخلاف ذلك تكون مضرة ويتسبب عنها مشاكل جمة وقضايا كثيرة ولذلك يجب على محرريها أن يستفهموا من أصحابها عما يرغبونه ويحرروا مايقولونه لهم بالوضوح التام مفضلين الألفاظ المتعارفة على غيرها، وقد تعود الناس فى هذه البلاد على تحرير عقودهم بأنفسهم أو بواسطة المحامين وتقديمها بعد ذلك لكاتب المحكمة فلا يبقى على هذا إلا أن يضع عليها التاريخ واسمه وأسماء الشهود وبعد تلاوتها على المتعاقدين بحضور الشهود يمضيها معهم فبهذه الطريقة تسهل مأموريته إذ يعفى من تحرير العقد وتحويره ولكن الكاتب فى هذه الحالة غير ملزم بإمضاء كل مايقدم له بهذه الكيفية بل له أن يغير فى ألفاظ العقد إذا رأى فيها التباسا أو يبطل منها مايراه زائدا أو مكررا أو مخالفا للقانون وذلك لأن تحرير العقد منسوب إليه لا للمتعاقدين

«سابعا — إذا كان هناك أوراق أو مستندات يلزم إلحاقها بالعقد يجب على محرره أن يبينها فيه وأن يتلوها على المتعاقدين والشهود ويذكر فى السند أنه تلاها عليهم ، ومع ذلك فللمتعاقدين الحق فى أن يعفوه من تلاوتها عليهم وإذا حصل ذلك يذكره فى العقد (مادة ١٣٠) ، ومن ضمن ما يلزم إلحاقه بالعقد عقد توكيل من يحضر فيه بالنيابة عن أحد المتعاقدين (مادة ١٣١)

«ويُلاحظ هنا أن اعتراف المتعاقدين بصحة تلك الأوراق وارتكانهم عليها وتقديمها لكاتب العقود وحفظها فى مكتبه مع أصل العقد يعطى لها صفة الأوراق الرسمية

«ثامنا — أن يتلو الكاتب العقد على المتعاقدين بحضور الشهود (مادة ١٣٠) وقد أمر الشارع بتلاوة العقد على المتعاقدين بعد تحريره وقبل الإمضاء عليه حتى يتأكدوا أنه مطابق لإرادتهم ولم يكن فيه زيادة ولا نقصان ، ولا يصح للمتعاقدين إعفاء الكاتب

من تلاوة العقد عليهم لأنه واجب عليه بمقتضى نص المادة أن يذكر فيه تلاوته وإذا ذكر ذلك كذبا يرتكب جناية التزوير وقد أراد الشارع بذلك أن يتلو الكاتب العقد وعندنا أن العقد لا يكون باطلا إذا أمر الكاتب أحد مساعديه بتلاوته وتلاه ذلك المساعد بحضوره فإنه فى هذه الحالة يكون كأنه تلاه بنفسه

«تاسعا ـ أن يمضى الكاتب والمتعاقدون وشهود العقد وشهود المعرفة والمترجم على العقد وأن يوضع عليه أيضا ختم المحكمة (مادة ١٣٠)

«وإذا لم يمض أحد المتعاقدين على العقد يذكر فيه سبب ذلك هل هو عدم معرفة الكتابة أو خلافه (مادة ١٣٢) ولا لزوم لبيان أهمية إمضاء المتعاقدين على العقد فإنها الدليل على رضائهم به ، فإذا لم يمضوا العقد بدون أن يكون لهم مانع مذكور فيه لا يعتبر ذلك العقد بشئ ولا يحتج به عليهم ولا داعى لأن نبين هنا أن فى هذه البلاد يقوم الختم مقام الإمضاء لأنه ظاهر وأما إذا لم يمض أحد المتعاقدين العقد ولم يختمه وقال إنه لا يعرف الكتابة وليس معه ختم وثبت فيما بعد أنه كان يعرفها أو كان معه ختم فلا يؤثر ذلك على صحة العقد ويكون ملزما بتنفيذ ما تعهد به فيه لأنه لا يصح أن يحتج بكذبه على غيره ، نعم إذا كان العقد عقد هبة وثبت أن الواهب يعرف الكتابة أو كان معه ختم مع كونه أنكر يكون للشك مجال واسع إذ يحتمل أن يكون قول الواهب أى انكاره كذبا معرفة الكتابة دليلا على ضغط حصل على إرادته

«وإمضاء كل من المتعاقدين واجب فى العقود التى تحرر بتعهدات متبادلة أعنى التى يكون بمقتضاها لكل منهم حق على الآخرين وواجب عليه لهم كالبيع والإجارة والشركة وغيرها

«وأما العقود التى لا ينتج منها إلا حق لأحد المتعاقدين على الآخرين كالاعتراف بدين أو بوديعة أو غير ذلك من التعهدات غير المتبادلة فلا يلزم إمضاؤها إلا ممن يتعهد فيها وأما المتعاقد الذى تحررت لمصلحته فليس من الضرورى أن يمضى عليها لعدم وجود تعهد يطلب تنفيذه منه بمقتضاها

«وأما إمضاء الكاتب فهو الذى يجعل العقد رسميا فإذا أمضى المتعاقدون ولم يمض هو لا يكون لعقدهم هذه الصفة حتى لو أمضاه الشهود معهم

«عاشرا — إذا كان تحرير العقد شغل أكثر من فرخ و رق واحد يجب على الكاتب أن يضع إمضاءه فى أسفل كل فرخ ثم عند فراغ التحرير يجمع الأفرخ بحسب نمرها بخيط ويجمع طرفى الخيط فى نصف ظهر العقد و يختم عليها بختم المحكمة ويذكر فى آخر العقد إجراء كل هذه الاحتياطات كما يجب بيان عدد الأفرخ (مادة ١٣٣ تعليمات) كل ذلك حتى لا يمكن تغيير فرخ من الأفرخ بغيره ووضعه فى محله

«حادى عشر — يلزم أن تكون كتابة العقد بخط سهل القراءة بغير نقص ولا تخلل ببياض ولا حشر بين الأسطر ولا كشط وإذا احتاج الأمر لكتابة مبالغ فى العقد لا تكتب بالأرقام فقط بل بها وبالأحرف . ولا يصح للكاتب الاختصار فى كتابة الألفاظ بل يكتبها بكل حروفها وإذا تم الكلام قبل انتهاء السطر يكمل السطر بشرطة من الحبر . وإذا حصل سهو من الكاتب وترتب عليه لزوم حذف بعض كلمات أو زيادتها أو تغييرها بعد فراغ التحرير وقبل وضع الإمضاآت توضع شرطات تحت هذه الكلمات وتكتب فى آخر العقد الكلمات اللازم زيادتها أو الإشارة بأن الكلمات التى تحتها الشرطات لا يعول عليها . ثم تعد الكلمات المحذوفة ويذكر عددها مع ذكر أول كلمة وآخر كلمة منها . وأما إذا ظهر السهو بعد إمضاء العقد فيلزم الإجراء كما ذكر وزيادة على ذلك تعاد الإمضاآت بعد التصحيح . وكل حذف أو إضافة أو تغيير يحصل بغير هذه الطريقة يعتبر كأنه لم يكن (مادة ١٣٤)

«ثانى عشر — لا تصح كتابة العقود إلا بلغة من اللغات الرسمية المستعملة فى المحاكم المختلطة تكون معلومة للكاتب وللمتعاقدين والشهود . وللمتعاقدين أن ينتخبوا منها اللغة التى يكتب بها عقدهم وإذا لم يتفقوا يكتبه الكاتب باللغة التى يريدها من اللغات الرسمية المذكورة . وعلى المتعاقد الذى لا يعرف اللغة الرسمية التى يحرر بها العقد أن يستحضر معه من يثق به من المترجمين ليترجم ما يقوله ويترجم له أقوال المتعاقد الثانى وفى هذه الحالة لا يقبل فى العقد بصفة شاهد إلا من يعرف لغة المتعاقد الذى معه المترجم واللغة التى يحرر العقد بها

« تلك هى الشروط والقواعد التى يجب على كتبة المحاكم المختلطة اتباعها ولا شك أن فيها أكبر ضمان لحقوق المتعاقدين فإن الشارع لم يترك احتياطا إلا سلكه ليجعل العقود الرسمية مستحقة للثقة العمومية فلا عجب بعد ذلك أن يحرم الطعن فيها إلا بطريق دعوى التزوير التى هى من أصعب الدعاوى إثباتا ومن أكثرها خطرا على من يرفعها بدون أن يثبتها كما سنراه عند الكلام عليها

«وقد اتخذ الشارع احتياطا آخر فى هذا الموضوع وهو حفظ العقود الرسمية فان هذه العقود لاتُسلم للمتعاقدين ولا لأحد من الناس بل تبقى محفوظة فى دفترخانة المحكمة التى حررت فيها ولا يعطى منها للمتعاقدين إلا صور رسمية تقوم مقامها وبهذه الكيفية يمكن الرجوع إلى الأصل إذا طعن أحد الأخصام فى صحة الصورة التى بيد خصمه وتسهل مراجعتها عليه لمعرفة ما إذا كان حصل فيها تصليح أو تغيير . وإذا دعا الحال لاطلاع المحكمة على ذلك الأصل سواء كان لمراجعته أو لسبب آخر يجب أن تصدر حكما بذلك

«وبناء على ذلك الحكم يُسلمه أمين الدفترخانة للقاضى الذى ينتدب لاستلامه وإنما قبل ذلك يأخذ منه صورة يمضى عليها هو وذلك القاضى وكاتبه ويحفظ تلك الصورة مع محضر تسليم العقد الأصلى بدلا عن ذلك العقد لغاية رده اليه (مواد ١٤٣ تعليمات و ٢٦٥ مرافعات أهلى و ٣٠٦ مرافعات مختلط)» انتهى

مبحث ـ فى الإشهادات

الإشهادات هى التوثيقات أو المحررات الرسمية المدنية التى تكتب لدى المحاكم الشرعية ، ولها ضوابط وقيود ورد ذكرها فى لائحتها وخلاصتها :

يجب أن يؤخذ الإشهاد لدى الرئيس أو من ينديه لذلك من القضاة أو الكتاب (مادة ٣٦٠ لائحة شرعية) فإن كانت الوثيقة خاصة بعقار وجب تقديم كشف تبين فيه مسائح العقار ومسطحاته وحدوده بيانا كافيا فإن كانت البيانات المذكورة واردة فى حجة شرعية سابقة اكتفى بها (مادة ٣٦١)

وإذا كانت مساحة البلدة الكائن بها العقار انتهت وجب تقديم رسم مستخرج من خريطة البلدة يبين مقاس العقار والقطعة أو القطع الداخل فيها بدون لزوم لذكر الأضلاع أو الحدود

ويقدم مع الرسم كشف يشتمل على ما يأتى :

١ ـ اسم المديرية والمركز والبلدة الكائن بها العقار

٢ ـ اسم الحوض الكائن به العقار ونمرته

٣ ـ مساحة العقار بالفدان والقيراط والسهم (مادة ٣٦٤)

ويستثنى من ذلك أطيان مصلحة الأراضى الأميرية وأملاكها فيكتفى بذكر حدودها وإجمال مساحتها بضابط البيع وحجيه على حسب الوارد بجداول التحديد المسلمة لمصلحة المذكورة بدون تكليف البائعين أو المشترين بتقديم كشف المقاس المذكور فى المادتين (٣٦١ و ٣٦٢)

كذلك يكتفى فى إشهاد وقف أطيان هذه المصلحة وأملاكها ذكر مقدار الموقوف إجمالا وإقرار الواقفين والشهود بالعلم به وفى هذه الحالة تحفظ قوائم التحديد المقدمة من المصلحة فى قلم كتاب المحكمة مع سجل قيد حجة الوقف (مادة ٣٦٣)

ولا يجوز أن تقبل المحكمة تحرير عقد استبدال أو احتكار أو خلو أو بيع أنقاض أو استدانة مما يتعلق بالأوقاف الأهلية أو الخيرية إلا بعد مخابرة ديوان الأوقاف

وعلى الديوان أن يفيد المحكمة فى خمسة عشر يوما من تاريخ وصول مخابرتها إليه فإن لم يجب بشئ تحرر العقد

وإن عارض تنظر المحكمة فى معارضته وتفصل فيها (مادة ٣٦٥)

ولا يجوز مباشرة عقد زواج اليتيمات القاصرات اللاتى لهن مرتبات بالروزنامجه أو يملكن ماتزيد قيمته على عشرين ألف قرش إلا بعد مخابرة المجلس الحسبى التابع له محل إقامة اليتيمة والترخيص منه بذلك (مادة ٣٦٦)

وكيفية كتابة الإشهادات هى الآتية :

يتقدم الكاتب والمتعاقدان والشهود إلى القاضى ويحاط علمه بالمطلوب فيأذن الكاتب بتحرير الإشهاد فيحرر فى دفتر مخصوص لذلك يسمى دفتر المضبطة وهو مفر الصفحات وكل صفحة مختومة بختم رئيس المحكمة أو نائبه أو قاضى المحكمة الجزئية وختم المحكمة الموجود بها (مادة ٣٦٧)

بعد الفراغ من التحرير يعرض ما كتب على القاضى (مادة ٣٦٨) فإن رأى مايوجب الملاحظة أشار به ومتى تم التحرير يقرأ الإشهاد بحضور الجميع ثم يوقع منهم ومن القاضى والكاتب (مادة ٣٦٩)

وقد يكون التحرير بحضرة القاضى وبإملائه

ينقل الإشهاد حرفيا فى دفتر آخر يسمى السجل وهو الموصوف فى المحاكم الشرعية بالسجل (المصان) ويوقع عليه من الناقل

ومن هذا السجل تحرر الحجج والسندات وتمضى من رئيس المحكمة وتختم بختمه الذاتى فى المحاكم الكلية ويكون التوقيع عما ذكر فى المحاكم الجزئية من قضاتها (مادة ٣٧٠)

وكل سجل تم العمل فيه يقدم إلى رئيس المحكمة أو القاضى الجزئى ليكتب عليه ما يفيد نهاية التسجيل فيه إلى موضع كتابته ويوقع ذلك بامضائه وختمه (مادة ٣٧١)

إذا صدر إشهاد سابق مختص بالعقار عينه وجب على كاتب المحكمة أن يؤشر على سجله بالإشهاد الجديد فإن كان الإشهاد الأول صادرا من محكمة أخرى وجب إشعارها بصدور الإشهاد الثانى وأن يرسل إليها ملخصه لتسجله عندها (مادة ٣٧٤)

وعلى كل محكمة صدر بها إشهاد خاص بعقار أن تعلن جهة الإدارة التابع لها محل العقار بصدور الإشهاد منها ليسجل بالجهة المذكورة

فإن لم تكن ملكية العقار (محل الإشهاد) ثابتة بحجة شرعية وجب إخطار ديوان الأوقاف بصدور الإشهاد أيضا (مادة ٣٧٥)

ومن القواعد المقررة وجوب إرسال ملخص كل إشهاد يصدر من المحاكم الشرعية إلى المحاكم المختلطة متى كان موضوعه بيع عقار أو رهنه (مادة ٣٧٢)

كذلك تبعث المحاكم المختلطة إلى المحاكم الشرعية ملخص العقود الصادرة منها سواء كانت رسمية أو عرفية مسجلة وكذا خلاصة أحكام بيع العقار وعلى المحكمة الشرعية قيد تلك الملخصات فى دفتر خاص بذلك

وبجانب كل محكمة مختلطة موظف شرعى تابع لنظارة الحقانية اسمه (مأمور التحريرات الشرعية) وظيفته تلق ملخصات المحاكم الشرعية وتسليمها إلى المحكمة المختلطة التى هو فيها وأخذ الملخصات من هذه وإرسالها إلى المحكمة الشرعية الخاصة بها

ويتبين مما تقدم أن هناك فرقا كبيرا بين أوضاع التوثيق فى المحاكم الشرعية وأوضاعه فى المحاكم المختلطة إلا أن هذا الفرق ناشئ من عدم اشتمال لائحة المحاكم الشرعية على القواعد والضوابط المقررة فى كتب الشريعة لتحرير الإشهادات وأخصها وجوب تحقق القاضى من مطابقة العقد لمقتضى النص الشرعى ومراعاة ما يجب له من الأركان والتأكد من شخصية العاقدين وسماع شهود المعرفة وشهود الحال وغير ذلك

مبحث — فى المحررات الرسمية الأجنبية

قد تكون الورقة الرسمية محررة فى بلد أجنبية أو فى إحدى القنصليات الموجودة بالقطر المصرى

تلك المحررات تعتبر رسمية أمام القضاء المصرى مادامت مستوفاة شروط تحريرها

وهذه الشروط هى المقررة فى قوانين الجهة الصادر منها المحرر طبقا لقاعدة شائعة عند بعض الدول وهى : شكل العقد محكوم بشريعة البلد الذى يصدر منه

إلا أن هــذه القاعدة ليست مطّردة عند جميع الدول فمنها مايقتضى أن يكون المحرر مطابقا فى صورته لقوانين بلد العاقدين

وعلى كل حال لاتعتبر الورقة الرسمية الأجنبية إلا إذا كان مصدقا عليها من الحكومة المصرية بما يفيد صحة صدورها من الجهة المنسوبة إليها

كذلك الأوراق الرسمية الصادرة من قناصل الدول فى مصر لاتعتبر أمام القضاء المصرى إلا إذا كان مصدقا عليها كما ذكر

والسبب فى ذلك واضح . وهو حاجة المحاكم الأهلية وجميع السلطات المصرية على اختلاف أنواعها إلى معرفة رسمية الأوراق الأجنبية من طريق شرعى حتى لو كان ظاهر الورقة يدل على أنها صادرة حقيقة من الجهة المنسوبة إليها

ويحصل التصديق من نظارة الخارجية أو من محافظة مصر الأولى بالنسبة للأوراق الآتية من طريق القناصل الجنرالية والثانية بالنسبة للأوراق الآتية من طريق القناصل

مبحث — فيما يترتب على فقدان أحد شروط المحرر الرسمى

يترتب على فقدان صفة الموظف أو عدم اختصاصه بالمحرر أو عدم مراعاة الأوضاع المقررة فى تحريره بطلانه واعتباره كأن لم يكن بالنسبة لغير العاقدين

أما بالنسبة لهما فينظر :

إن كانا وقعا المحرر فهو حجة بينهما

وإن لم يوقعاه فلا عبرة به ولا يجوز إثبات موضوعه بغير اليمين أو الإقرار إذا كانت شهادة الشهود غير جائزة

فإن أمضاه واحد دون الثانى لعدم معرفة القراءة والكتابة فهو باطل أيضا

هذا إذا كان العقد مصدرًا لتعهدات متبادلة بين الطرفين وكل عقود العوض كذلك أما إذا كان من عقود التبرع كافخبة فتوقيع الواهب كاف فى اعتباره ولا سيما بين الواهب والموهوب له

الفرع الثانى — فى المحررات غير الرسمية

الأوراق غير الرسمية هى التى يحررها الأفراد من دون توسط أحد الموظفين وهى أنواع :

الأول — الأوراق العرفية

الثانى — الأوراق التجارية وهى المحررات الجارية بين التجار من دفاتر وسندات وكتب (رسائل)

الثالث — الأوراق الخصوصية

المبحث الأول — فى المحررات العرفية

الأوراق العرفية هى المحررات التى تتداول بين الأفراد فى غير المواد التجارية والمحررات التى تتبادل بين التجار فيما يرجع لحاجاتهم الخاصة مما لا علاقة له بتجارتهم تعتبر أوراقا عرفية

وليس لهذه المحررات شروط خاصة تجب مراعاتها بل تحرر على النحو الذى يريده أصحابها وتكون تامة بتوقيع من صدرت منه

فإن كانت من العقود وجب توقيع الطرفين ولا سيما إذا كانت التعهدات متبادلة بينهما

على أن الناس اعتادوا أولا فى عقود البيع الاكتفاء بتوقيع البائع دون توقيع المشترى إلا أن المحاكم المختلطة تأبى اعتبار هذه العقود صحيحة وحكمت مرات كثيرة بصحة بيع المشترى الثانى ذى السند الموقع عليه منه ومن البائع دون البيع الأول لعدم توقيعه من المشترى ولو كان مسجلا وهو قضاء يخالف العدل كما لاحظه حضرة القانونى الفاضل خليل بك ولا سند له من القانون نصا أو دلالة

لكن الناس فطنوا إلى هذا النقص وصارت العقود توقع غالبا من الجانبين

وينبغى أن تحرر السندات العرفية من نسخ عددها بقدر عدد المتعاقدين ليكون بيد كل واحد منهم دليل يحتج به على الآخرين

وأن تحرر بخط المتعهد أو أنه يكتب عليها بخطه عبارة تفيد علمه التام ورضاه الكامل بالتعهد المفروض عليه

والعادة أن يكتب عليها مثل العبارة الآتية : (علمت بما فى هذا وأنا مقر به)

وهذه حيطة تمنع كثيرا من التغرير واستعمال الأوراق الموقع عليها بيضاء وتلفت الموقع قبل التوقيع فلا يدخل الغش عليه من كاتبه أو المتعاقد معه أو من أجنبى ذى فائدة من ذلك

هذا إذا كان يقرأ ويكتب فإن كان أميا وجب الاكتفاء بالتوقيع بالختم وقد بدأوا الآن يوقعون ببصمة الإبهام وهى طريقة حسنة جدا وآمن من الختم ومن الإمضاء أيضا لأنها لا تسرق ولا تقلد

وجاء قانون ١١ أغسطس سنة ١٩١٢ نمرة ٢٣ المختص بالمواليد والوفيات مشجعا على هذا الاستعمال فقضى بوجوب بصم إبهام اليد اليمنى بالحبر فى أسفل القيد بالدفتر على من لا يعرف القراءة والكتابة من المبلغين (مادة ١ راجع ص ١٢)

المبحث الثانى — فى الأوراق التجارية

الأوراق التجارية هى التى يحررها أهل التجارة خاصة بتاجرهم من دفاتر ورسائل وفواتير وسندات وتحاويل وهكذا

وأهم تلك الأوراق الدفاتر لما يترتب عليها من الإثبات لأصحابها وعليهم

والدفاتر التجارية قسمان :

القسم الأول — الدفاتر الواجب على كل محترف بالتجارة استعمالها طبقا لما هو مدون فى قانون التجارة (مواد ١١ — ١٨ تجارى) وهى :

١ — دفتر اليومية يذكر فيه ما للتاجر وما عليه من الديون يوما فيوما وجميع ما باشره من أعمال التجارة فى كل يوم من شراء أو بيع وحوالات وقبول حوالات وما قبض وما دفع وما صرفه فى شؤون منزله الخاصة شهرا فشهرا (مادة ١١)

٢ ـ دفتر الخطابات يقيد فيه جميع الرسائل الصادرة منه فى شؤون تجارته (مادة ١٢)

٣ ـ دفتر الجرد تكتب فيه كل سنة أمواله ثابتة ومنقولة ويحصر ماله وما عليه (مادة ١٣)

ويجب أن تكون هذه الدفاتر خالية من كل فراغ أو بياض أو كتابة فى الحواشى إلا ما يترك فى دفتر الخطابات بين الخطاب والخطاب

ويجب أن يكون لكل صفحة من الدفترين الأولين نمرة وأن يوقع عليها من مأمور تندبه المحكمة الابتدائية لذلك

وكذلك يضع المندوب المذكور توقيعه فى آخر كل سنة على الدفاتر الثلاثة بعد ذكر انتهاء العمل فيها

القسم الثانى ـ الدفاتر الاختيارية وهى التى يزيدها التاجر من نفسه تسهيلا للعمل وضبطا لحركة الأخذ والعطاء على حسب مايظهر لكل واحد بالنظر لنوع متجره وأهميته

وليس لهذه الدفاتر نظام مسنون

ملحوظة ـ سندات العقود والتعهدات التى تُحَرّر بين التجار تدخل ضمن الأوراق العرفيــة

المبحث الثالث ـــ فى الأوراق الشخصية

الأوراق الشخصية أو الخاصــة هى الدفاتر والمذكرات وجميع المحررات التى يتخذها كل فرد تاجرا كان أو غير تاجر موظفا أو غير موظف فى مصلحة نفسه لضبط أعماله والاهتداء إلى أحوال معاملاته مع غيره من بيع وشراء وقرض وإقراض وتعهدات وحقوق وحوادث وما أشبه

لا فرق بين أن تكون تلك الأوراق مضمومة إلى بعضها فى صورة دفاتر ومجلات أو أن تكون منفصلة كل ورقة بذاتها سواء كانت ممضاة أو غير ممضاة

وبديهى أن صورة تلك الأوراق وأوضاعها تختلف باختلاف الأفراد فمنهم من ترى أوراقه الخاصــة أمكن فى النظام من أوراق التجار ومنهم الوسط فى ذلك ومنهم من لايهتدى فى أوراقه إلى مطلوب إلا بعناء وبحث طويل وكل حر فى أن يكتب لنفسه ماشاء كما يشاء

الفرع الثالث — فى قوة الدليل الخطى

يراد بقوة الدليل ماله من الاعتبار بالنسبة لذوى الشأن فيه ولغيرهم ممن تكون له صلة بهم وللقاضى الذى يحتج بالمحررات أمامه

المبحث الأول — فى قوة الدليل الخطى بالنسبة لذوى الشأن فيه

جميع الأوراق رسمية وغير رسمية حجة على من وقّعها مع تفصيل يسير :

(أ) فأمّا المحررات الرسميــة فحجة قاطعة على المتعهد سواء كانت عقــدا أو إقرارا لايفلت منها إلا إذا أبطلها (مادة ٢٢٦ مدنى)

وطريق إبطالها عسر فى العادة إذ لابد للطالب من اتخاذ طريق مرسوم فى قانون المرافعات وهو دعوى التزوير وهذا إجراآت طويلة وقد تعرض مدعيها إلى الحكم عليه بألفى قرش غرامة إن لم ينجح (راجع المواد ٢٧٣ وما بعدها مرافعات)

ومع ذلك ليس الحكم بعدم اعتبار الورقة الرسمية موقوفا على إقامة دعوى من الخصم الذى يريد إبطالها بل يجوز للمحكمة أن تحكم بردّ وبطلان أىّ ورقة يتحقق لها أنها مزورة ولو لم تقدّم إليها دعوى بتزوير تلك الورقة (مادة ٢٩٢ مرافعات)

(ب) وأمّا المحرّرات العرفية فهى حجة على من وقّعها ولكنها تتزعزع إذا أنكرت الكتابة أو الامضاء الموقعة بها (مادة ٢٢٧)

ولدعوى إنكار الكتابة أو الخط طريق مسنون آخر فى قانون المرافعات وهو أسهل من دعوى التزوير لأن الدليل فى هــذه واجب على من يطعن بعدم صحة المحرر الرسمىّ وأمّا فى الأوراق العرفيــة فالإنكار من قِبَــل المحتج بها عليــه يحمل مقدمها مكلفا بإقامة البرهان على صحتها (راجع المواد ٢٥٦ إلى ٢٧٢ مرافعات)

(ج) وأمّا الأوراق التجارية أعنى دفاتر التجارة السابق ذكرها فالواجب الاستعمال منها حجة صحيحة ضد التاجر لمن تعامل معه سواء كان هذا تاجرا أو غير تاجر وسواء كان التقاضى فى أمر تجارىّ أو مدنىّ وسواء كانت تلك الدفاتر جامعة شروط القــانون أو لا

ولا ينقسم الدليل المنتزع من هذه الدفاتر فاما اعتباره لصالح المحتج به وعليه وإما تركه فمن باع تاجرا متاعا واحتج على بيعه بدفتر المشترى وكان فيه أنه دفع الثمن كله أو بعضه لايجوز له أن يتخلص من ذلك القبض بالإنكار وإذا ادعى تزوير ذلك فعليه الإثبات ولا يتحقق عدم الانقسام إلا إذا كان بين الأمرين المراد الأخذ بأحدهما وترك الثانى تلازم أو على الأقل علاقة قوية كالبيع وقبض الثمن وكالدين وأدائه فإن كانا منفكين فالانقسام وارد كما لو ادعى أحدهم دينا على تاجر واحتج بدفتره فبان فيه ثبوت الدين وأن المدعى مدين للتاجر أيضا

والدفاتر الاختيارية ليست حجة شرعية ولكنه يجوز الاستئناس بها وتعتبر قرينة فى الخصومة

ويلحق بها الخلاصات المؤشر عليها بدفع القيمة ودفاتر السماسرة ومراسلات التجار للتجارة

(د) وأما الأوراق الشخصية أو الخاصة فيلاحظ فيها ما يأتى [1] :

أولا ـ لاتكون الأوراق والدفاتر المنزلية دليلا فى صالح صاحبها سواء كان ذلك باثبات دين له على غيره أو تخلصه من دين عليه ولا تعتبر مبدأ دليل بالكتابة يسوغ معه لصاحبها طلب اليمين الحاسمة من خصمه ومع ذلك يجوز للقضاة أن يطلعوا عليها إذا قدمها صاحبها على سبيل الاسترشاد فقط ليستخرجوا منها قرائن على صحة بعض وقائع الدعوى إن أمكن

ثانيا ـ تعتبر الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها فى حالتين : (الأولى) إذا أثبت فيها حصول أداء دين له أو جزء منه (والثانية) إذا أثبت فيها وجود دين أو تعهد عليه لغيره بشرط أن يذكر فيها صراحة أنها حررت لتقوم مقام الوثيقة فى صالح الدائن

ثالثا ـ يجب أن تكون الأوراق المذكورة محررة بخط صاحبها أو ممضاة منه حتى يمكن الاحتجاج بها عليه فى الحالتين السابقتين

رابعا ـ يلحق بالأوراق المحررة بخط صاحبها أو الممضاة منه الأوراق المحررة بخط كاتبه المعين لذلك أو المحررة بمعرفة أجنبى ولو كان المدين نفسه إذا أثبت أن تحريرها كان بعلم صاحبها أو بناء على إشارته

(١) رسالة التزوير فى الأوراق للمؤلف (ص ٩٦ و ٩٢)

خامسا — إذا كانت الكتابة التى تثبت براءة المدين من دينه الواجب لصاحبه مشطوبة لكن لاتزال تقرأ تعتبر دليلا على تلك البراءة من الدين المذكور وإذا كانت تثبت دينا على صاحبها وهى بهذه الصفة فلا تعتبر

سادسا — تسقط قوة الأوراق والدفاتر المذكورة بإقامة الدليل على مايخالف الثابت فيها ولو بالشهود من غير أن يكون هناك احتياج لوجود مبدإ دليل بالكتابة

سابعا — الأمر الثابت فى تلك الأوراق لايقبل الانقسام فمن استند عليها وجب عليه قبول مجموعها وإن خالف جزؤه مايطلبه

ثامنا — ليس للقاضى أن يطلب إحضار أوراق أحد الأخصام المنزلية أو دفاتره من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم الآخر إلا إذا كانت الدفاتر المذكورة مشتركة بين الخصمين

المبحث الثانى — فى قوة الدليل الخطى بالنسبة للغير

الغير هنا أعم منه فى التعهدات فهو كل من لم يكن موقعا على المحرر ممن تقوم بينه وبين موقعه خصومة أو يحتمل قيامها بينهما

١ — الأوراق الرسمية

الأوراق الرسمية أى التى تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها (مادة ٢٢٦ مدنى)

من يأخذ النص على ظاهره يفهم منه أن الأوراق الرسمية حجة عامة تلزم الكافة لا فرق بين عاقدين وغير عاقدين

وهو عموم غير مسلم

الأوراق الرسمية كما قدمنا أربعة أنواع فالأنواع الثلاثة الأولى تعتبر حجة على كل إنسان بلا استثناء أعنى أنه لا يجوز لأحد أن يتخلص من حكم قانون عام أو معاهدة سياسية أو قرار صادر بمطابقة النظامات ولا أن ينكر ما دون فى محررات المصالح الإدارية وما ثبت فى دفاتر أعمالها المقررة لذلك ولا أن لا يخضع لما ثبت فى الأوراق القضائية اللهم إلا إذا ادعى التزوير فى شئ من ذلك وأثبته

والظاهر أن القانون لاحظ هذه الأنواع الثلاثة عند تقرير نص المادة (٢٢٦)

والقسم الرابع هو الأوراق المدنية وهى موضع البحث دون غيرها فى باب الأدلة وغير مسلم أن يكون القانون أرادها بهذه القاعدة لأن ذلك يخالف المعقول ولا يتفق مع نصوص الإثبات الأخرى

غير معقول أن يتفق اثنان على التبايع فى غير ملك ويحرران بذلك عقدا رسميا فيخرج به الملك من صاحبه وقد عرفنا من جميع قواعد التعهدات والعقود أن غير المتعاقدين لا يتأثر بعملهما

وأما عدم مطابقة عموم هذا النص للنصوص الأخرى فى باب الإثبات فدليله ماجاء فى المادة (٦١١) «الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقارى أو المشتملة على ترك هذه الحقوق ثابت فى حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقا عينيا بتسجيل تلك العقود فى قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو فى المحكمة الشرعية»

وليست هذه العقود وحدها هى التى لا يحتج بها على غير المتعاقدين إلا بتسجيلها بل مثل هذا الشرط واجب أيضا لمثل هذه الغاية فى عقود القسمة وأحكام البيع القهرى وبعض عقود الإجارة وغيرها

وظاهر أن النص الأخير مخصص للأول قطعا بالنسبة للمورد فيه أعنى عقود الملكية والحقوق العينية فلم يبق إلا المحررات المثبتة لتعهدات لا تعلق لها بالملكية وما يتفرع عنها من الحقوق العينية الأخرى

هذا الحصر يجعل النص من قبيل تحصيل الحاصل لأن (أى إنسان) لا شأن له بين دائن فى نقود ومدين بها إذا تحرر بها عقد رسمى أو عرفى حتى يحتاج للدلالة على جواز الاحتجاج ضده بالمحرر الرسمى اللهم إلا فى حالة تزاحم الدائنين لاقتسام ثمن مبيع لا يفى بجميع ديونهم

على أن الحجة التى تنتزع من المحرر الرسمى فى هذه الحالة قاصرة على صحة صدور هذا المحرر من الموظف المبين اسمه فيه بقول العاقدين أما كون ما قرراه أمام هذا الموظف مطابقا لحقيقة وقعت فى الخارج أولا فليس من شأن المحرر إثباته ولنضرب مثلا :

ذهب زيد وبكر إلى الموثق واعترف زيد بأنه اقترض من بكر ألف جنيه قبضها قبل حضورهما إليه وأنه تعهد بوفاء الدين في ستة أشهر وأنه رهن له عشرين فدانا تأمينا للوفاء وأقره بكر وحرر الموظف وثيقة بذلك بحضرة شاهدين ووقع الجميع الوثيقة

الذي يثبته المحرر ويعتبر (حجة على أي شخص) هو:

(ا) حضور العاقدين بذاتهما أمامه وكذا الشاهدين

(ب) صدور الاعتراف من العاقدين بالاقتراض والقرض والرهن

(ح) صدور تعهد المقترض بوفاء الدين في الأجل المسمى

(د) كون هذا وقع في المكان والزمان المبينين في السند

ذلك مايثبته المحرر الرسمي أما كون إقرار الطرفين مطابقا للواقع أولا بمعنى أن المدين اقترض حقيقة أولم يقترض ورهن أولم يرهن فتلك مسألة خارجة عن موضوع المحرر بالمرة ولا يبعد أن يكون الطرفان متواطئين على هضم حق ثالث بهذا العقد الصوري وللأجنبي الحق المطلق في إثبات ذلك بجميع الطرق ومنها الشهادة مادام له مصلحة في العقد

والخلاصة أن لفظ القانون جاء أوسع من مراده وأن رسمية المحرر لاأثر لها بذاتها في حقوق غير المتعاقدين

وإنما الفرق بين الرسمي وغير الرسمي في المحررات هو أن الغير لا يلتزم إقامة البرهان على عدم صحة الثانية بل يكفيه طلب عدم اعتبارها بالنسبة إليه

أما الأولى فلابد له من إبطالها أي إثبات عدم صحة ماقرره العاقدان فيها مما لايدخل تحت ضمان صفة المحرر الرسمية ولكنه غير محتاج في ذلك لإقامة دعوى التزوير مادام معترفا بصحة صدور المحرر عن يد الموظف المسمى فيه وبحضور من وقعوه معه

هذا كل ماأراده ذلك النص الكبير [1]

(١) لو أن واضعه بالعربية راجع (ترجمة) الفرنساوية لما احتجنا إلى هذا الكلام الطويل النص في النسخة الفرنساوية هكذا «تعتبر الأوراق الرسمية التي يحررها المأمورون المأذونون بذلك حجة بما يدون فيها على أي شخص كان إلا إذا طعن فيها بالتزوير» فعبارة (مايدون فيها) بيان لقوله (حجة) لامقولة بعبارة (إلا إذا طعن بالتزوير)

وبديهي أن المفهوم من هذا النص مسلم به لايحتاج إلى نقد لأن كل ماذكر في العقد مما وقع تحت حس المأمور الذي باشر تحريره مضمون بصفة المحرر الرسمية فاحترامه واجب على الكافة ولا يجوز إبطاله إلا بدعوى التزوير

ومتى كان المراد إقامة الحجة على غير المتعاقدين أو ذوى الشأن فى المحرر مطلقا وجب تسجيله ليكون إعلانا لمن يتعاقد مع من ملك الحق لغيره فلا يقدم على التعامل فى ذلك الحق عينه لما تقدم من أن أولى المتبايعين فى الملك أسبقهما بالتسجيل

ويلاحظ أن إثبات مايخالف ظاهر الورقة الرسمية ممنوع على العاقدين بشهادة الشهود فهى لاتقبل إلا إذا وجد مبدأ إثبات بالكتابة

أما غير المتعاقدين ممن يكون لهم مصلحة فى إسقاط المحرر فلهم الإثبات بجميع الطرق ومنها الشهادة لأنه لم يكن لهم أن يحتاطوا لأمر لايعلمونه حين وقوعه

فى قوة التنفيذ التى لبعض الأوراق الرسمية

لبعض الأوراق الرسمية قوة تنفيذية كالأحكام وهى العقود الرسمية أى المحررة على يد كاتب المحكمة

ومعنى القوة التنفيذية أن تكون الورقة الرسمية واجبة التنفيذ متى وضعت عليها صيغة مخصوصة تسمى الصيغة التنفيذية

وتوضع هذه الصيغة على كل حكم نهائى وعلى أصل كل عقد رسمى محرر أمام كاتب المحكمة والذى يضعها هو كاتب الحاكم

ومتى وضعت هذه الصيغة على ورقة رسمية من الأوراق المذكورة أصبح التنفيذ واجبا ولا يجوز إيقافه إلا فى أحوال مخصوصة كدعوى التزوير ونحو فى الأحكام

٢ – الأوراق العرفية

قالت المادة (٢٢٧) «والمحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها مالم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء»

كما عم لفظ المادة (٢٢٦) قصر لفظ هذه المادة إذ يفهم منها أنها خاصة بسندات العقود دون بقية الأوراق العرفية والواقع أنها تشمل الأوراق كلها عقودا كانت أو غير عقود حتى الرسائل العادية الودية وبدليل قول المادة (٢٣٠) «التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك»

ومن المحقق أن زيداً لو كتب إلى وكيله يأمره بعدم دفع الدين المطلوب منه لبكر ووقع هذا الخطاب فى يد بكر اتفاقا جاز له إثبات دينه بمقتضاه

والعبرة فى قانوننا هذا بمقاصده لا بألفاظه

أما بالنسبة لغير ذوى الشأن فيها فالأوراق العرفية لاقيمة لها بذاتها لكن إذا ثبت تاريخها من طريق قانونى جاز الاحتجاج بها على الغير (مادة ٢٢٨)

ويكتسب تاريخ الأوراق العرفية قوة تجعله حجة على الغير بإحدى الطرق الأربعة الآتية (مادة ٢٢٩) :

الأولى — تسجيل المحرر أعنى نقله بتمامه بمعرفة كاتب المحكمة فى دفتر خاص معد لذلك والتاريخ المعتبر حينئذ هو تاريخ التسجيل

الثانية — تقديم الورقة لقلم الكتاب فيضع عليها فى يوم تقديمها ختما مكتوبا فيه (إثبات تاريخ) وفى وسطه تاريخ اليوم والسنة ونمرة العقد فى دفتر قيده

الثالثة — ذكر المحرر العرفى فى ورقة رسمية والتاريخ المعتبر حينئذ هو تاريخ الورقة الرسمية

الرابعة — وفاة أحد الموقعين عليها

ولا يحتج بها على الغير إلا من حين ثبوت تاريخها فإذا اشترى زيد عقارا بعقد عرفى ولم يثبت تاريخه إلا بعد أربع سنين لايجوز له بعد سنة أن يحتج على من له حق عينى على ذلك العقار بوضع اليد خمس سنين مع السبب الصحيح لأن سنده غير معتبر فى الأربع سنين الأولى بسبب عدم ثبوت تاريخه

٣ — الأوراق التجارية

دفاتر التجار حجة لبعضهم على بعض فما ثبت فى دفتر أحدهم على الآخر يؤخذ به

لكن يشترط فى ذلك أن تكون مستوفاة شروط وضعها واستعمالها . جاء فى المادة (١٥) من قانون التجارة «الدفاتر التى يجب على من يشتغل بالتجارة اتخاذها لاتكون حجة أمام المحاكم مالم تكن مستوفية للإجراآت السالف ذكرها»

وعرفنا مما سبق أن لغير صاحب الدفاتر أن يحتج بها عليه ولو لم تكن مستوفاة شروطها فتخصص هذا النص أيضا بالاحتجاج على الغير بتلك الدفاتر

٤ - الأوراق الخصوصية

لايحتج بها على الغير مهما كان نوعها

الفصل الثانى

فى الأدلة القولية

الفرع الأول - فى شهادة الشهود

تسمع شهادة الشهود بعد الحكم بالتحقيق من المحكمة

وأبغض طرق الإثبات عند الشارع شهادة الشهود لأنها موضع شبهات لاتحصى فيجوز فيها الخطأ والنسيان والكذب والمحاباة والانتقام وغير ذلك مما يطمس الحقيقة ويضيع الحقوق فضلا عما تستلزمه إقامة هذا الدليل من ضياع الوقت والمصاريف والمشاق

من أجل ذلك جرى القانون على المبدإ الآتى :

يجب إثبات جميع الصلات القانونية التى تربط الناس بعضهم ببعض بالكتابة وكل من قصر فى ذلك فعذره على نفسه

ولا يقبل منه إثبات مايدعيه بطريقة أخرى أى بشهادة الشهود إلا فيما استثنى وهو :

أولا - من لم يكن فى مقدوره الحصول على محرر يثبت حقه ومثاله : من وقعت عليه جنحة أو جناية كالسرقة والغصب

ثانيا - من كان بيده سند يثبت حقه وفقده بقوة قاهرة كالحريق والسرقة والغصب أيضا (مادة ٢١٨)

ثالثا - من كان حقه صغيرا يستهان عادة لأجله بتحرير سند خاص أو يخشى من صرف مصاريف فى سبيل تحرير السند تزيد على مايناسب الحق المذكور

وقد قرر القانون الحقوق التى يجوز إثباتها بشهادة الشهود وهى التى لاتزيد قيمتها على ألف قرش

وكل حق زادت قيمته على ألف قرش لايجوز إثباته بهذه الطريقة إلا فى أحوال استثنائية وهى التى تقدم بيانها ثم حالة وجود مبدإ دليل بالكتابة . (مادتى ٢١٥ و ٢١٧)

ومبدأ الدليل بالكتابة هو عبارة عن محرر صادر من المتعهد مشتمل على عبارات تجعل دعوى المدعى بالحق قريبة الاحتمال (مادة ٢١٧)

وقد جعل القانون (مادتى ٢٢١ و ٢٢٢) الشروع فى الوفاء ودفع الفوائد سببين فى جواز إثبات الدين بغير الكتابة . وفى هاتين المادتين نظر من حيث معرفة ما إذا كان يجب إثبات البدء بالتنفيذ ودفع الفوائد بالكتابة أم لا . والذى نراه أن الكتابة واجبة إلا إذا كان للبدء فى التنفيذ آثار ظاهرة ثابتة تمكن مشاهدتها

ويمنع بعض القوانين الإثبات بشهادة الشهود حتى فى الأحوال الجائزة فيها الشهادة إذا كان أصل العقد ثابتا بالكتابة

فإذا اقترض زيد مائة قرش من بكر وحرّر له سندا بذلك لا يجوز له أن يثبت الوفاء بالشهود

وتجرى المحكمة المختلطة على هذه القاعدة

ولكن القانون المصرى غامض فى هذه المسألة وأحكام المحاكم جارية على قبول الشهادة فى مثل هذه الحالة

ومن الواجب الحصول على سند بالكتابة فى حالة ما إذا زادت قيمة التعهد على ألف قرش بعد أن كانت مثل هذا المبلغ أو أقل منه

مثلا : لو اقترض زيد من بكر ثلاثمائة قرش ثم أربعمائة ثم خمسمائة فالمجموع ألف ومائتان ، يجب على بكر أن يأخذ من زيد سندا بهذا المبلغ ولا يجوز له أن يثبت حصول الاقتراض على ثلاث مرات لما فى ذلك من فتح باب التجزئة ومخالفة القاعدة الأساسية التى وضعها القانون وهى عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود فيما زادت قيمته على ألف قرش

وكذلك لا تقبل شهادة الشهود على مبلغ أقل من ألف قرش إن كان هذا المبلغ باقيا من مبلغ أصلى يزيد على الألف لأنه كان يجب على الدائن أن يبقى سند الدين الأصلى عنده حتى يكون له حجة على المدين عند التنازع

الفرع الثانى — فى الإقرار

الإقرار هو ما يصرح به أحد الخصوم متعلقا بدعوى خصمه ويقال له أيضا الاعتراف

والإقرار على نوعين :

إقرار فى غير مجلس القضاء

إقرار فى مجلس القضاء

١ - الإقرار فى غير مجلس القضاء

إن كان الإقرار شفويا فلا عبرة به ولا يجوز لمدعيه إثباته إلا فى الأحوال التى يجوز له فيها الإثبات بشهادة الشهود

والسبب فى ذلك عدم تمكين المتقاضين من مخالفة مبدأ عدم الإثبات بالشهود

وإن كان مكتوبا وعليه توقيع الخصم فهو حجة عليه وإن كان القانون لم ينص على ذلك لأنه فى قوة العقد الكتابى

٢ - الإقرار فى مجلس القضاء

هو الذى يقع فى ورقة رسمية معلنة من المقر إلى خصمه أو هو الذى يقع شفويا فى الجلسة أمام القاضى

« وهو حجة على المعترف

والإقرار لا يتجزأ فلا يجوز لخصم المقر أن يأخذ من الإقرار ماينفعه ويترك مايضره (مادة ٢٣٣)

مثال ذلك : ادعى زيد على بكر أنه اقترض منه ألف قرش ويطلب إلزامه بأدائها وأقر بكر بأنه اقترض المبلغ حقيقة ولكنه رده إلى زيد أو رد نصفه ولم يبق عليه إلا النصف . ليس لزيد أن يأخذ بالشق الأول من الاعتراف وهو حصول القرض ويترك الشق الثانى وهو الوفاء بالكل أو بالبعض

وكذلك إذا ادعى دينا ذا فائدة واعترف المدين بالدين بلا فائدة فليس للدائن أن يأخذ بالقسم الأول ويترك القسم الثانى من الإقرار

الفرع الثالث – فى اليمين

اليمين قسم يصدر من أحد الخصمين على صحة المدعى به أو عدم صحته وهى قسمان : يمين حاسمة ويمين متممة

١ - اليمين الحاسمة هى التى يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع فى الدعوى

مثال ذلك : يدعى زيد حقا قبل بكر و يطلب تحليفه اليمين على أنه غير ملتزم بذلك الحق فإن حلفها بكر سقطت دعوى زيد

والنكول عن اليمين إثبات للدعوى

ويجوز لمن وجهت إليه اليمين الحاسمة أن يقرّ منها بردّها على خصمه (مادة ٢٢٤)

ومتى حُلفت اليمين لايجوز للخصم الذى خسر الدعوى بناء على ذلك أن يطلب إثبات حقه ببرهان آخر لأن توجيه اليمين يستلزم التنازل عما عداها من أوجه الإثبات مهما كانت قوية (مادة ٢٢٥)

ومع ذلك يجوز الطعن على الحالف بأنه حلف كاذبا فإذا ثبت عليه الكذب عوقب ولزمه الحق الذى حلف على إنكاره على سبيل التعويض

٢ ـ اليمين المتممة هى التى يطلبها القاضى من أحد الخصمين توكيدا للأدلة التى قدّمها (مادة ٢٢٣)

ويكون ذلك فى حالة ما إذا لم تكن الأدلة كافية فى نظر القاضى لإثبات المدّعى به

ولما كانت اليمين من المسائل التى قد تمس سمعة الناس وتوجب القدح فيهم وجب على القضاة أن يستعملوا الروية التامة فى قبولها إن كانت حاسمة وعارض الخصم الموجهة اليه فى حلفها أو فى توجيهها من قبلهم إن كانت متممة

فاذا ظهر من أحوال الدعوى أن طالب اليمين يريد إعنات خصمه مع وضوح الحق أو ظهور بطلان الدعوى وجب الامتناع عن قبولها

مثال ذلك : ادّعى زيد على بكر حقا ليس أهلا لمثله بأن كان فقيرا فادّعى دينا كبيرا ليس ظاهر السبب ولا دليل عليه وليس بين الطرفين علاقة سابقة هنا يجب رفض توجيه اليمين إذا عارض المدّعى عليه

والمراد بالوجوب ماينبغى للقاضى لا أن ذلك مفروض عليه قانونا لأن القانون لم يحتم وجوب قبول اليمين أورفضها

الفصـــل الثالث

فى القرائن

القرينة استنتاج مجهول من معلوم

والقرائن قسمان : قانونية وقضائية

الفرع الأول — فى القرائن القانونية

القرائن القانونية نوعان :

الأول — القرائن التى يجوز نقضها أى إثبات ما يخالفها

الثانى — القرائن التى لايجوز نقضها وهى القرائن القاطعة

والأصل أن كل قرينة يجوز نقضها ولا يختلف حكم هـذه القاعدة إلا فى أحوال استثنائية منصوص عليها فى القانون كالأحكام القضائية ومضى المـدة وكل أمر يعتبره القانون برهانا قاطعا على ثبوت أمر آخر

ولايجوز إثبات ما يخالف القرينة القانونية إلا فى حالة واحدة وهى وجود سندالدين بيد المـدين فانه قرينة على انقضـاء التعهد (مادة ٢١٩) ، ولكن يجوز للدائن أن يثبت أن وجود السـند بيد المدين جاء من طريق سرقته أو غصبه لا أنه سلمه إليه حين الوفاء بالالتزام (مادة ٢٢٠) .

الفرع الثانى — فى القرائن القضائية

القرائن القضائيـة هى الأدلة التى يستنبطها القاضى من وقائع الدعوى وأحوالها باجتهاده وإعمال فكرته وهى ترجع فى الحقيقة إلى قوة الذهن و براعة المحامى و وضوح الوقائع المعلومة وغير ذلك

وكل قرينة من هذا القبيل ليست قاطعة وكلها تقبل النقض

الفرع الثالث — فى قوة الشئ المحكوم فيه

يعبّر بالشئ المحكوم فيه عن صفة الحكم النهائى الصادر من الحاكم

وقوة الشئ المحكوم فيـه هى الدليل المتين المنتزع من الحكم فلا يقبـل معـه إقامة الخصومة مرة ثانية لاعتبار القانون أن الحقيقة هى ما حكم به

وتلك قرينة قاطعة كما تقدم بيانه وإن كان الخطأ جائزا على القضاة فيحكمون بما لايطابق الواقع ، إلا أن الاحترام الواجب للأحكام وفض المنازعات ألجأ الشارع إلى تقرير القرينة المذكورة ليكون هناك حد فاصل فى التقاضى وإلا لما انتهت خصومة مادام الناس فى الوجود

ولا يعتبر الحكم حائزا قوة الشىء المحكوم فيه إلا بثلاثة شروط (مادة ٢٣٢) :

الأول ـ أن يكون موضوع الدعويين واحدا

الثانى ـ أن يكون سبب النزاع واحدا

الثالث ـ أن تكون الدعوى قائمة بين الخصوم أنفسهم

١ ـ اتحاد الموضوع

مثلا : كان موضوع الدعوى الأولى شراء دار يجب أن يكون موضوع الدعوى الثانية شراء تلك الدار بعينها فإن كان المتنازع فيه أخيرا دارا أخرى أو عقارا آخر جاز التقاضى

٢ ـ اتحاد السبب

السبب هو العمل الذى تولد منه حق المدعى به فإن كان موضوع الدعوى الأولى ملكية عقار بسبب الإرث وجب أن يكون كذلك فى الدعوى الثانية لكن إذا ادعى الملكية أخيرا بسبب الهبة فالتقاضى جائز

٣ ـ اتحاد الخصوم

المراد به أن تكون الدعوى الثانية قائمة بين الأشخاص الذين حكم بينهم فى الدعوى الأولى ولا يلزم لذلك أن يكونوا حاضرين بالذات بل حضور وكلائهم عنهم كاف ويقوم الورثة مقام مورثهم كأنهم هو فإذا اختلف الخصوم جاز التقاضى

ويجب أن تكون صفة الخصوم واحدة حتى يتم شرط اتحادهم لأنه يترتب على اشتراط اتحاد الخصوم فى الدعويين أن يكونوا متحدين بصفاتهم لابذواتهم إذ المحامى الواحد ينوب فى كل يوم عن أشخاص كثيرين مختلفين والمراد باتحاد الصفة كون الصورة التى تقدم بها الخصوم أمام القضاء لم تتغير

مثلا : كان المدّعى يدعى لنفسه على المدّعى عليه نفسه فإذا ادّعى أخيرا لغيره أو لنفسه لكنه يختصم المدّعى عليه بصفته وصيا أو قيما فالقاضى جائز

فإذا اجتمعت هذه الشروط فالمخاصمة ممنوعة وإذا تخلف أحدها أو هى كلها فالمخاصمة جائزة

فصل

فى الإثبات فى المواد التجارية

جميع ماتقدم من القواعد والأحكام مشترك بين المواد المدنية والمواد التجارية إلا أن الإثبات فى هذه أوسع لأن شهادة الشهود جائزة فى جميع الأحوال

جاء فى المادة (٢٣٤ مدنى) «عقود البيع والشراء وغيرها من العقود فى المواد التجارية يجوز إثباتها بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم بكافة طرق الثبوت بما فيها الإثبات بالبينة وبقرائن الأحوال»

فصل

فى إثبات العقود الصورية

بينا فى كتاب التعهدات (ص١٤١) أن من العقود مايكون صوريا وأن ذلك يستلزم عقدين عقدا ظاهرا لاحقيقة له وعقدا مستترا وأن الأول يسمى صوريا والثانى يسمى الضد

وبديهى أن العاقدين لايحتاجان إلى عناء كبير فى إثبات صورية العقد الظاهر إذ الضد فى يدهما ويكفى إبرازه لمعرفة الحقيقة التى قصداها

لكن يجوز أن لايكون بيدهما محرر مستتر أو أن الضد فُقد بسبب من الأسباب ويحتاج إلى إثبات صورية العقد الظاهر

والظاهر أنه يرجع فى ذلك إلى القواعد العامة أعنى أنه لا يجوز إثبات الصورية بشهادة الشهود إلا إذا كان النزاع متعلقا بما لاتزيد قيمته على ألف قرش

غير أن هناك شبه إجماع أيضا على أن شهادة الشهود غير مقبولة فى إثبات صورية العقد إن نقصت قيمته عن الألف لأن ذلك يعرض التعامل إلى خطر كبير

وقد سكت قانوننا عن هذا الموضوع واشتد عليه غضب موسيو دوهلس فأورد نص القانون الفرنساوى المختص بعدم جواز الإثبات بشهادة الشهود إلا إذا وجد مبدأ دليل بالكتابة (مادة ١٣٤٧) وقال «لم تنقل القوانين المصرية هذا النص من القانون الفرنساوى ولكنه نص غاية فى العدالة والإحكام بحيث إنه من السائغ إدخاله عليها بعد أن عرفنا أنها امتازت على غيرها من القوانين بنقصها الفادح ولو جاز للعاقدين أن يركنوا إلى شهادة الشهود على ما بها من ضعف الإثبات والخطر على المعاملات لأصبحت قوة المحررات عديمة الجدوى. ذلك واضح بالنسبة لما تزيد قيمته على ألف قرش ولكنه أشد وضوحا إذا لم يبلغ محل التعاقد هذه القيمة مادام العاقدان احتاطا لإثباته بالكتابة مما يدل على أنهما لم يريدا ترك الأمر لمجرد الثقة بينهما. لذلك يجب أن لاتقبل الشهادة إلا إذا صارت قرينة التصديق بوجود مبدأ دليل خطى. ويسرى هذا على المحررات بنوعيها أى الرسمية وغير الرسمية لأن المبدأ الذى نقول بالعمل به فى مصر مأخوذ من نص لا يفرق بين النوعين»

وقد وافقه على هذا الرأى حضرة الفضال كيل بك [1] ونحن معهما

أما غير العاقدين فلا يحتج بالضد عليهما لأنه باطل فى نظرهم إلا إذا كان لهم منه مصلحة (راجع ص ١٤٢ وما بعدها)

---

(١) راجع كتاب إثبات الحقوق المدنية (ص ١٠٩ و ١١٠)

الباب الثالث

فى التسجيل

قدمنا أنه لايجوز الاحتجاج على غير المتعاقدين بعقود الملكية وكل سنده مشتمل على تعهدات تختص بالحقوق العينية العقارية إلا إذا سجلت (مادة ٦١١)

فوجب أن نبين ماهو التسجيل وأى الأوراق يجب تسجيلها وما يترتب على عدم التسجيل وقبل هذا يلزمنا بيان الدفاتر المختصة بالتسجيل لسهولة فهم التحرير فيما (١)

الفصل الأول

فى دفاتر التسجيل

يجب أن يكون فى قلم كتاب كل محكمة ابتدائية الدفاتر الآتية منمرة الصفحات وعلى كل صفحة علامة أحد قضاة المحكمة :

أولا ـ دفتر تسجيل عقود الرهن وحقوق الامتياز المنصوص عليها فى القانون (مادة ٦٢٢)

ثانيا ـ دفتر تسجيل اختصاص الدائن بعقارات مدينه (مادة ٦٢٢)

ثالثا ـ دفتر لبيان ماقدم إلى الكاتب من سندات العقود أو القوائم المطلوب تسجيلها الأول فالأول بحسب تسليمها إليه

ويكون القيد فى هذه الدفاتر بنمر متطابقة أعنى أن نمر دفتر استلام العقود تكون مطابقة لنمر دفترى التسجيل (مادة ٦٢٣)

رابعا ـ دفتران من دفاتر الفهرست مرتبان على الحروف الأبجدية بحرف واحد أو أكثر ويذكر فى الأول اسم المالك القديم والمالك الجديد أو اسم المدين ممن سجل عليهم ويذكر فى الثانى منهما جميع تسجيلات السندات فقط مع بيان أسماء الملاك السابقين المبينين فيها أو فى الحكم المقتضى تسجيله إذا لم يسجل عليهم شئ من قبل (مادة ٦٢٥)

ويجوز للمحكمة أن تأذن للكاتب عند الاقتضاء فى أن يكون عنده دفتران فأكثر للتسجيلات فى عدد الشفع من أيام الأشهر والوتر منها (مادة ٦٢٥)

(١) من الناس من لايفرق بين رسمية العقد وتسجيله وهما أمران مختلفان :

العقد الرسمى هو ما عرفت من أنه الورقة الصادرة من موظف مختص بإصدارها وأما التسجيل فهو كتابة هذه الورقة فى دفتر خاص

فعقد البيع مثلا يحرر على يد الموثق فيكون رسميا لكنه لايفيد بذلك وحده فى الاحتجاج به على الغير ويجب لهذا تسجيله أى نقل صورته فى الدفتر الخاص

الفصل الثانى

فى عملية التسجيل

يجب على الكاتب أن يقيد الأوراق المطلوب تسجيلها فى السجل المعد لذلك بنمر متتابعة كما تقدم وأن تكون الكتابة خالية من تخلل البياض ومن الشطب والكشط ووضع كلمة فوق أخرى ومن الكتابة بين الأسطر

وإذا اضطر إلى تخريج أو شطب وجب التصديق على ذلك من أحد قضاة المحكمة فى يوم حصوله مع بيان تاريخ التصديق بعد المقابلة على الأصل (مادة ٦٢٧)

ويعطى وصلا لصاحب الورقة مشتملا على نمرة التسجيل المتابعة بالدفتر وعلى تاريخ الاستلام باليوم والساعة (مادة ٦٢٦)

وتسجيل سندات الملك يكون بنسخ صورة مايتعلق منها بنقل الملكية (مادة ٦٢٩)

وتسجيل سندات الرهن يكون بنسخ صورة القائمة المذكورة فى مادتى (٥٦٦ و ٦٣١) (راجع ص ٣٥٦)

وتسجيل أحكام مرسى المزاد يكون بذكر ملخصها (مادة ٦٣٩)

ويكون التسجيل بناء على طلب أولى الشأن عادة (مادة ٦٢٨) ومن تلقاء نفس الكاتب استثناء كتسجيل ملخص أحكام مرسى المزاد فان لم يفعل غرم خمسمائة قرش (مادة ٦٣٩)

ويجب إجراء التسجيل فى ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ تسليم الأوراق إلا فيما يتعلق بتسجيل اختصاص الدائن بعقارات مدينه فانه يجب أن يكون فى اليوم الذى صدر فيه الإذن به (مادتى ٦٢٤ و ٥٩٦)

الفصل الثالث

فى الأوراق التى يجب تسجيلها

الأوراق الرسمية الواجب تسجيلها ليصح الاحتجاج بها على الغير هى الآتية :

١ ــ عقود الملكية (مادة ٦١١)

٢ ــ عقود الحقوق العينية كالانتفاع والاستعمال والمرور والسكنى (مادة ٦١١)

٣ ــ عقود السكنى (مادة ٦١١)

٤ ـ عقود الرهن (مادة ٦١١)

٥ ـ العقود المتضمنة ترك شئ من ذلك (مادة ٦١١)

٦ ـ عقود الإجارة التى تزيد مدتها على تسع سنين (مادة ٦١٣)

٧ ـ عقود القسمة (مادة ٦١٢)

٨ ـ حقوق الامتياز إلا امتياز الحكومة بالنسبة للضرائب والرسوم وكذا الرسوم القضائية ومرتبات المستخدمين والعملة والخدمة (مادة ٦١٤)

٩ ـ الأحكام المتضمنة بيان شئ مما تقدم أو التى توجبه (مادة ٦١٢)

١٠ ـ الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزاد العمومى (مادة ٦١٢)

١١ ـ طلب الشفعة

وقد يجوز أن تتعدد عقود انتقال الملكية ففى هـذه الحالة لايجب تسجيل كل عقد بذاته بل يكتفى بتسجيل العقد الأخير منهـا ويعتبر ذلك تسـجيلا للعقود السابقة (مادة ٦١٩)

الفصـــل الرابع

فى واجبـات كاتب التسجيل

أولا ـ أن يبين فى كل تسجيل تاريخ تسليم الورقة إليه (مادة ٦٢٤)

ثانيـا ـ أن يؤشر فى ذيل الورقة المقتضية للتسجيل بحصوله مع ذكر تاريخه ونمرته المتابعة ونمرة الصحيفة المسجل فيها ثم يردها إلى مقدمها (مادتى ٦٣٠ و ٦٣٢)

ثالثـا ـ أن يضع إمضاءه على التأشير بذلك فى ذيل الأوراق (مادة ٦٣٣)

رابعـا ـ أن يسلم إلى الدائن شهادة دالة على تسجيل اختصاصه بعقارات مدينه مشتملة على تاريخ ذلك التسجيل ونمرته المتابعة (مادة ٦٣٤)

خامسا ـ أن يؤشر من تلقاء نفسه على هامش التسجيلات بما يصدر من الاحكام المبطلة للورقة المسجلة أو الدالة على فسخها وأن يسجل الأحكام الصادرة فى المسائل المتعلقة بنقل الملكية إذا كانت مستنداتها غير مسجلة وكانت ذات تاريخ صحيح سابق فإن لم يفعل يجازى بغرامة خمسمائة قرش (مادة ٦٤٠)

فرع — فى مسؤولية كاتب التسجيل

كاتب التسجيل مسؤول عن السهو أو الغلط الذى يقع فيما يطلب منه من الصور والشهادات وغير ذلك مما ذكر سواء كان السهو أو الغلط ناشئا من تقصيره أو تقصير الكتبة الذين تحت إمرته إذا ترتب على ذلك ضرر لذى الشأن (مادة ٦٣٧)

والدائن الذى سقط حقه أو ضاع بسبب الغلط الواقع فى الشهادة وكذلك من ملك العقار بمقابل اعتمادا على تلك الشهادة لها حق الرجوع على كاتب المحكمة الذى أعطاها (مادة ٦٣٨)

ولكن الكاتب غير مسؤول لأصحاب الشأن بالنظر لتسجيل ماهو منصوص عنه فى المادتين ٦٣٩ و ٦٤٠ (مادة ٦٤١)

فرع — فى صفة دفاتر التسجيل

دفاتر التسجيل عامة يجوز لكل إنسان أن يطلع عليها وأن يأخذ منها كشفا عاما أو خاصا بالتسجيلات المرصدة فيها أو صورة من السند أو الحكم أو من قائمة الرهن إذا لم تكن سلمت لأصحابها أو شهادة بوجود التسجيل أو بعدمه أو ملخصا من دفتر الفهرست (مادة ٦٣٦)

الفصل الخامس

فيما يترتب على عدم التسجيل

إذا لم يسجل العقد تكون الحقوق المترتبة عليه كأنها لم تكن بالنسبة لغير المتعاقدين ممن يكون له حقوق عينية على العقار محفوظة بمقتضى ماتقدم من القواعد (مادة ٦١٥)

ويستثنى من ذلك عقد الإيجار وسندات الأجرة المعجلة

فإذا كان الإيجار لمدة تزيد على تسع سنين جاز لغير المتعاقدين إنقاص المدة إلى هذا الحد فقط وإذا كانت الأجرة المعجلة زائدة عن أجرة ثلاث سنين أنقصت إلى تلك القيمة (مادة ٦١٦)

ويلاحظ فى ذلك كله ماتقدم ذكره فى الإيجار بالنسبة لغير المتعاقدين من حيث طريقة إثباته

ويستثنى من قاعدة أولوية صاحب التسجيل على من لم يسجل الموصى له بشئ معين والموهوب له كذلك فإنهما لا يجوز لهما الاحتجاج على من حاز حقا قابلا للرهن أو حق استعمال أو حق سكنى بعقد ذى تاريخ ثابت سابق على تسجيلهما (مادة ٦١٧)

مثلا : باع زيد لبكر حق سكنى الدار بعقد عرفى وأصبح تاريخ ذلك العقد ثابتا ثبوتا شرعيا ثم وهب زيد تلك الدار إلى خالد بعقد رسمى وسجل خالد هذا العقد لا يجوز له أن يحتج على بكر بعدم تسجيله عقده الذى اشترى به السكنى لأن المشترى امتلك الحق بعوض فخسارته محققة إذا أبطل عقده وأما الموهوب له فليس عليه خسارة فإذا تصرف الموهوب له أو الموصى له فى العقار لأجنبى وسجل هذا الأجنبى عقده جاز له أن يحتج على مشترى السكنى بعدم تسجيل عقده لأن الطرفين يملكان بمقابل ووجه التفضيل بين مثلهما راجع إلى التسجيل (مادة ٦١٨)

تتمة

فى قيمة صور المحررات

الكلام هنا قاصر على صور المحررات الرسمية وأما صور المحررات العرفية فلا عبرة بها أصلا

القاعدة العمومية أن صور المحررات الرسمية تعتبر حجة كأصولها إلا أن قوتها فى الإثبات لا تبلغ قوة الأصل لاحتمال وقوع الخطأ فى الصورة من الناقل لها عن أصلها

وإذا كان الأصل مفقودا فإن الصورة تقوم مقامه فى الإثبات متى كانت مستوفاة

والمراد بالأصل هنا هو النسخة التى عليها توقيع المتعاقدين والشهود والكاتب

والعادة المتبعة فى المحاكم تختلف :

ففى المحاكم المختلطة يكتب الأصل على ورق منفصل وبعد التوقيع عليه يسجل بنقله كله فى دفتر خاص وتستخرج منه صور لذوى الشأن ويحفظ الأصل فى حرز خاص

وفى المحاكم الشرعية يكتب الأصل فى دفتر يسمى (المضبطة) ويوقعه ذوو الشأن ثم يسجل بنقله فى دفتر آخر يسمى (السجل) وتستخرج منه صور لذوى الشأن

وقد جرى العمل على اعتبار دفتر السجل فى الجهتين أصلا وهو الذى تستخرج منه الصور ويذكر فيها أنها مطابقة لأصلها فى السجل

وكذلك تعتبر الحجج أصولا وإن كانت فى الواقع صورا منقولة من السجلات كما تعتبر الصور الأولى التى تعطى لذوى الشأن من المحاكم المختلطة أصولا وحكم هذه وتلك حكم الأصول

فإذا فقدت المضابط أو النسخ الأصلية وبقيت السجلات فلا ضرر لاعتبار السجلات أصلا كما تقدم

أما إذا فقد الاثنان معا فليس هناك من طريق للحصول على صور العقود إلا إذا وضعت النسخ التى بيد أصحابها فى أقلام الكتاب واستنسخوا منها صورا وتكون هذه الصور فى الحقيقة صورة من الصور وهى ضعيفة فى الإثبات ولكنها تكون دائما مبدأ دليل بالكتابة (مادة ٢٣٦)

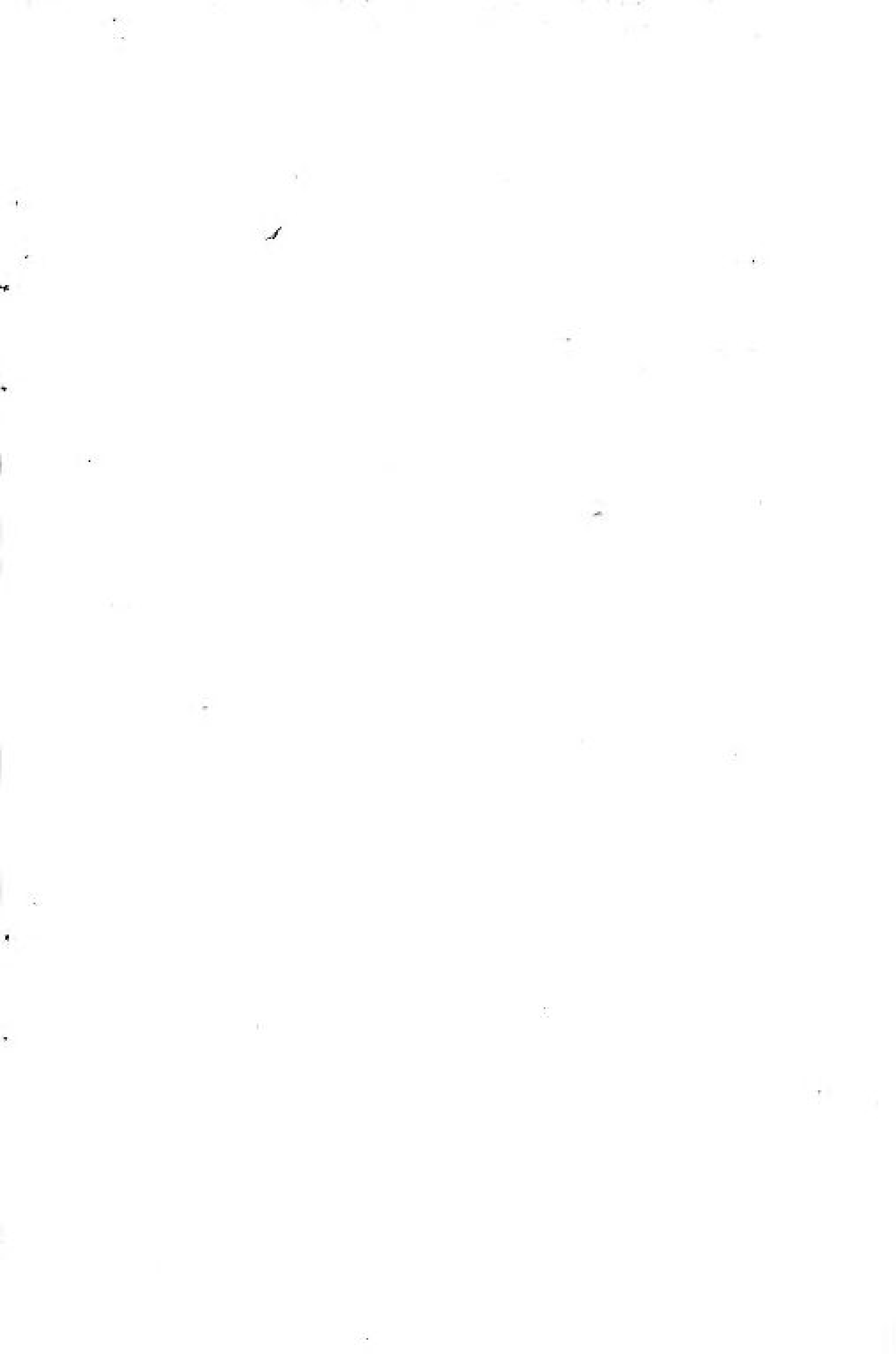
تنبيه — فى الإثبات بالوراثة

قالت المادة (٦١٠) «ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت فى حق كل إنسان بثبوت الوراثة»

ومع ذلك فإثبات الوراثة وحده ليس بكاف فى إثبات الملك للوارث بل يجب أن يكون ثابتا قبل ذلك للمورث

فإذا وجد فى التركة عقار ولم يكن بين أوراق المورث ماثبت حقه فيه جاز أن يكون مملوكا لشخص آخر ولهذا حق استرداده متى أثبت ملكيته

تم الكتاب



فهارس شرح القانون المدني

فهـــــــرست أقسام الكتاب

صحيفة

القسم الأول ـ فى الأشخاص والأموال

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

القسم الثالث ــ فى العقود المعينة والتأمينات

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

القسم الرابع — فى الأدلة

صحيفة

فهرست هجائی

(ا)

(ب)

(ح)

(د)

(ر)

(ع)

(ف)

(م)

(ن)

(هـ)

(و)

فهرســــت
المواد والقوانين

فهرست

مواد القانون المدنى

مادة	صفحة	مادة	صفحة
٣٥٠	٢٦٣	٣٧٩	٢٧٧
٣٥١	٢٦١	٣٨٠	٢٧٧
٣٥٢	٢٦١	٣٨١	٢٧٧
٣٥٣	٢٦١	٣٨٢	٢٨٢
٣٥٤	٢٦٢ و ٣٧٤	٣٨٣	٢٧٣ و ٢٨٣
٣٥٥	٢٦٢ و ٣٧٤	٣٨٤	٢٧٣
٣٥٦	٢٦٤	٣٨٥	٢٨٢
٣٥٧	٢٦٤	٣٨٦	٢٨٢
٣٥٨	٢٦٤	٣٨٧	٢٨٠
٣٥٩	٢٦٤	٣٨٨	١٥١ و ٢٨٤
٣٦٠	٢٦٤	٣٨٩	٢٨٥
٣٦١	٢٦٩	٣٩٠	٢٨٦
٣٦٢	٢٦٩	٣٩١	٢٨٦
٣٦٣	٢٧٢ و ٢٧٣ و ٣٨٨	٣٩٢	٢٨٠
٣٦٤	٢٧١	٣٩٣	٢٨٠
٣٦٥	٢٧٢	٣٩٤	٢٨٠
٣٦٦	٢٧٩	٣٩٥	٢٨٠
٣٦٧	٢٧٩	٣٩٦	٢٨١
٣٦٨	٢٨٠	٣٩٧	٢٨١
٣٦٩	٢٧٤	٣٩٨	٢٨١
٣٧٠	٢٧٤	٣٩٩	٢٨١
٣٧١	٢٧٥	٤٠٠	٢٨١
٣٧٢	٢٧٥	٤٠١	٢٨٦
٣٧٣	٢٧٥	٤٠٢	٢٨٦
٣٧٤	٢٧٦	٤٠٣	٢٨٧
٣٧٥	٢٧٦	٤٠٤	٢٨٧
٣٧٦	٢٧٦ و ٢٧٧ و ٢٨١	٤٠٥	٢٨٧
٣٧٧	٢٧٦	٤٠٦	٢٨٨
٣٧٨	٢٧٧	٤٠٧	٢٨٨

فهـــــــرست

مـــــواد قانون الشفـــعة

(قانون ٢٣ سنة ١٩٠١)

فهرست مواد لائحة ترتيب المحاكم الأهلية

فهرست مواد قانون التجارة

فهرست مواد قانون المرافعات الاهلى

فهرست مواد قانون العقوبات الأهلي

فهرست مواد قانون تحقيق الجنايات

فهـــرست

مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية

(قانون نمرة ٣١ الصادر فى ٣ يوليه ســـنة ١٩١٠)

فهرست القوانين المختلفة
التي عرض ذكرها بصفة عامة أو خاصة في هذا الكتاب

مصنفات المؤلف

كتب مؤلفة

رسالة التزوير فى الأوراق ... ... (سنة ١٨٩٥)

المحاماة ... ... (سنة ١٩٠٠)

كتب مترجمة

أصول الشرائع – تأليف بنتام ... ... (سنة ١٨٩٢)

الإسلام (خواطر وسوانح) – تأليف الكونت هنرى ده كسترى ... (سنة ١٨٩٧)

سر تقدم الإنكليز السكسونيين – تأليف أدمون ديمولان ... ... (سنة ١٨٩٩)

روح الاجتماع – تأليف الدكتور جوستاف لبون ... ... (سنة ١٩٠٩)

ترجمة كتاب سر تطور الأمم – تأليف الدكتور جوستاف لبون (سنة ١٩١٣)